

619
24



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL**



**FACULTAD DE DERECHO
SECRETARIA AUXILIAR DE
EXAMENES PROFESIONALES**

**LA AUSENCIA Y SU REGULACION POR
EL DERECHO CIVIL MEXICANO**

T E S I S
QUE PARA OPTAR AL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MA. JOSEFINA BEATRIZ PADILLA VITIENEZ

MEXICO, D. F.

1987



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

INDICE

INTRODUCCION

Pág.

CAPITULO I

LA AUSENCIA EN EL DERECHO COMPARADO

1.-	En las diversas legislaciones extranjeras	2
A)	Códigos de tipo germánico.....	3
a)	Código Alemán	4
b)	Código Suizo	14
c)	Código Soviético	18
B)	Códigos de tipo latino	22
a)	Legislación Romana	23
b)	Código Francés	26
c)	Código Italiano	41
d)	Código Español	47

CAPITULO II

LA AUSENCIA EN LA DOCTRINA

1.-	Concepto	61
-----	----------------	----

2.-	Diferencias entre el ausente, el no presente y el desaparecido	64
3.-	Naturaleza Jurídica	66

CAPITULO III

PERIODOS DEL ESTADO DE AUSENCIA

1.-	Ausencia provisoria	71
	A) Requisitos	71
	B) Efectos	72
2.-	Declaración de ausencia	75
	A) Requisitos	76
	B) Efectos	77
	C) Procedimiento	79
	D) Personas que pueden pedir la declaración de ausencia	81
	E) Toma de posesión provisional	83
	F) Cesación de los efectos de la ausencia	90
3.-	Presunción de muerte	90
	A) Requisitos	91
	B) Efectos	92
	C) Toma de posesión definitiva	93
	D) Improcedencia de la declaración de muerte	95
	E) Revocación de la presunción de muerte	96
	F) Cesación de la ausencia	100
	G) Sucesos que ponen fin a la ausencia	102

CAPITULO IV

EFECTOS RELATIVOS A LOS DERECHOS EVENTUALES DEL AUSENTE

1.- Clases de efectos producidos por la ausencia	106
2.- Concepto de derechos eventuales del ausente	107
3.- Efectos de la ausencia respecto de los derechos eventuales del ausente	108

CAPITULO V

REGULACION DE LA AUSENCIA POR EL SISTEMA LEGAL MEXICANO

1.- Análisis del Código Civil para el Distrito Federal	110
2.- Propositiones relativas a la modificación de los preceptos que regulan a la ausencia	155

CONCLUSIONES	165
--------------------	-----

BIBLIOGRAFIA	170
--------------------	-----

I N T R O D U C C I O N

Hoy me place sobre manera arribar a nuestra meta de siempre: la conclusión de una Carrera Profesional y para este efecto, esperando cumplir con nuestra Máxima Casa de Estudios, me he permitido elaborar una Tesis, teniendo como base, una Institución que reviste gran importancia dentro del campo del Derecho y cuya reglamentación responde a una verdadera necesidad social.

A mi trabajo lo he intitulado " La Ausencia y su Regulación - por el Derecho Civil Mexicano ", el gran interés que despertó entre -- nosotros el estudio de la institución mencionada fué originado por el - trágico acontecimiento sufrido por nuestro querido país en el año de 1985, recordado tan dolorosamente por todos los mexicanos.

Con mi modesto trabajo no pretendo de ninguna manera, afirmar que voy a aportar algún conocimiento nuevo; ni mucho menos tengo como - anhelo insinuar que mis aseveraciones lleguen a tomarse en cuenta, dada su inmadurez, pero indudablemente que habré de experimentar una satisfac - ción con el solo hecho de que algunas personas y, desde luego, de mane - ra muy especial nuestro digno Asesor y distinguidos Sinodales, se tomen la molestia de comentar el planteamiento general. Ello no porque estime de trascendencia su presentación, sino porque, en consideración a la - calidad humana de quienes conozcan su contenido, dispensando errores, - seguramente sabrán encauzar su proyección sobre ideas y bases más sólidas.

El contenido de mi trabajo, probablemente dará margen al sur - gimiento de polémicas, y en este caso, pensaré que nuestra misión ha - tenido éxito; más si no ocurriere tal acontecimiento, lo que resultaría

lógico por las razones apuntadas, antes que considerarme defraudada, me esforzaré por continuar dentro del mismo sendero, pues estoy consciente de que nuestra misión dentro de los vastos campos del Derecho, se iniciará apenas cuando transponga el umbral de mi recepción y, desde luego, me envuelven los más firmes propósitos de contribuir, en la medida de mis posibilidades, al enaltecimiento de la sublime tarea de buscar la justicia, lo más correctamente aplicada, a cuantos carezcan de ella en el conglomerado social, del cual somos parte integrante.

★

CAPITULO I

LA AUSENCIA EN EL DERECHO COMPARADO

1.- En las diversas legislaciones extranjeras

A.) Códigos de tipo germánico

- a) Código Alemán
- b) Código Suizo
- c) Código Soviético

B.) Códigos de tipo latino

- a) Legislación Romana
- b) Código Francés
- c) Código Italiano
- d) Código Español

LA AUSENCIA EN EL DERECHO COMPARADO

Es la ausencia una institución civil, cuya reglamentación carece de precedentes, debido a que son escasas las disposiciones que la regulan; encontradas algunas en el Derecho Romano y otras cuantas en las Leyes de Partidas; disposiciones que se dan en forma aislada, no encontrándose sino hasta los códigos modernos una verdadera regulación jurídica ordenada de la citada institución.

Antes de iniciar el estudio de la Ausencia y su evolución histórica, se hace necesario para un entendimiento más amplio, señalar que: Ausencia significa, la no presencia de alguien en un lugar determinado, ignorándose su paradero y con incertidumbre sobre su existencia. Tal estado de la personalidad jurídica no podía ser olvidado por el Derecho y de ahí que éste intervenga desde el primer momento en que se haya observado la ausencia.

La reglamentación jurídica de la ausencia como institución civil, tiene por objeto el velar por los bienes y los derechos de quienes se hallan en esta situación, así como el de evitar una prolongada inmovilización de la propiedad, misma que provoca una perturbación en la economía, en la familia y en la sociedad.

En la Economía, porque encontramos que la ausencia de un individuo es perjudicial para la misma, porque trae como consecuencia la inmovilización de la propiedad, al quedar ésta en completo abandono por par

te de su propietario.

En la Familia, porque la ausencia de una persona implica que su familia quede abandonada, es decir, ¿qué pasaría si esta persona tiene hijos menores sobre los cuales ejerza la patria potestad?, en otras palabras, esta situación repugna contra la organización familiar, por lo tanto resulta necesario ponerle un límite a esa ausencia, a ese descuido de los derechos mismos, ya que resulta perjudicial que de un momento a otro la mujer, los hijos, en fin, la familia, se vieran abandonados por el jefe de ella.

En la Sociedad, en tanto que la comunidad está interesada en - que el núcleo familiar se conserve y que venga a colaborar a la función - social de la misma; y de esta manera tenemos que el derecho toma en cuenta el que la ausencia del titular de esos bienes y derechos, no constituya un perjuicio para la colectividad.

También la sociedad está interesada en que los derechos y las - acciones se ejerciten, ya que la falta de ejercicio de los mismos, no es más que la consecuencia inmediata de este estado de incertidumbre creado por la ausencia, por lo que a la sociedad le interesa que esos estados - se definan.

1.- En las diversas Legislaciones Extranjeras

El estudio de la ausencia ha revestido gran importancia en las diferentes legislaciones, y principalmente en el Derecho Romano, de don-

de a través del devenir histórico ha sido transmitida directa o indirectamente a una gran diversidad de pueblos; en tal virtud pasaremos ahora a ocuparnos de lo que sobre esta institución se ha establecido en las diversas legislaciones extranjeras.

Existen dos sistemas en las legislaciones modernas sobre la ausencia. Primeramente el sistema Germánico, cuyo influjo trasciende en estos últimos tiempos a las recientes reformas de la ausencia en los países latinos. El segundo sistema es el de las legislaciones latinas, mismas que provienen del Derecho Romano y que fueron captadas y absorbidas primordialmente por el Código de Napoleón. Los sistemas legislativos mencionados, tuvieron una importancia decisiva, razón por la cual nos avocaremos a su estudio, analizando los principales países que recogieron o tuvieron mayor influencia de tales sistemas jurídicos.

A) Códigos de tipo Germánico

El sistema jurídico germánico, según nos comenta el autor español Diego Espin Canovas, " es más adecuado a las actuales -- circunstancias, debido a que ha modificado y simplificado mucho -- la institución de la ausencia, a diferencia del latino, que pronto demostró su insuficiencia, pues a raíz de publicarse los códigos que lo consagraron, hubo necesidad de dictar en su respectivos países (como ocurrió en Francia e Italia) disposiciones especiales pa

ra los desaparecidos en las guerras " . (1)

La afirmación que hace este jurista, se basa principalmente, - en que en el sistema germánico la presunción de muerte de la persona ausente se declaraba en un lapso de tiempo relativamente breve, en comparación con el sistema latino, cuyos plazos eran excesivos.

Por su parte, otros tratadistas afirman que en el derecho germánico no se establecía cautela de bienes, sino que éstos se entregaban en plena potestad a los parientes más cercanos, constituyendo esta entrega una posesión especialísima, que luego se consolidaba con el transcurso del tiempo.

El sistema jurídico germánico, es recogido principalmente por los Códigos Alemán, Suizo y Soviético, de los cuales haremos a continuación un breve estudio acerca de las disposiciones que en los mismos se contienen con relación a la ausencia.

a) Código Alemán

El Código Civil Alemán, según nos comentan los autores Ludwig

(1) ESPIN DIEGO. Manual de Derecho Civil Español, 2a. Edición, - Vol. I, Parte General, Editorial Revista de Derecho Privado, - Madrid, 1959, Pág. 238 .

Enneccerus, Theodor Kipp y Martin Wolff, en su "Tratado de Derecho - Civil" no contiene una definición de ausencia, por lo tanto se ha te nido que deducir del lenguaje corriente, y de esta manera dicen que : " Ausente es aquel del cual se carece de noticias desde hace tanto -- tiempo que su vida o su muerte resultan inciertas " . (2)

No obstante lo señalado por los anteriores tratadistas, el maestro Galindo Garfias, nos menciona aludiendo al Derecho Alemán que la Ley Alemana de 4 de Julio de 1939, si define a la ausencia y lo ha ce en los siguientes términos :

" Es ausente aquel cuya residencia es desconocida durante un largo tiempo, sin que se tengan noticias acerca de si vive o ha muer- to en este tiempo, de suerte que, según las circunstancias, se pue- den abrigar ciertas dudas de su supervivencia " . (3)

En principio señalaremos que en el primario derecho alemán,- la prueba de la muerte era imposible determinarla en cuanto a los au- sentes, ya que los juristas alemanes consideraban que el estado de in certidumbre creado por la ausencia en cuanto a la vida o muerte de la persona, traería como consecuencia el hecho de que nunca se podría lle

-
- (2) ENNECCERUS LUDWING, KIPP THEODOR Y MARTIN WOLFF. Tratado de Derecho Civil, Tomo I, Personas, Bosch, Casa Editorial, Bar- celona, Pág. 338 .
- (3) GALINDO GARFIAS IGNACIO. Derecho Civil, Parte General, Per- sonas y Familia, 4a. Edición, México, Porrúa, 1980, Pág.- 362 .

gar a tener la certeza sobre una u otra, y, por lo tanto, se formó el principio de que se obtuviera la declaración de presunción de muerte del ausente, tan pronto como éste hubiera cumplido los setenta años de edad, posteriormente se consideró que este término era excesivo, por lo que se aceptó que lo procedente era exigir el transcurso de treinta años, desde el momento en que se hubieran tenido las últimas noticias del ausente para hacer tal declaración, más tarde se señaló el plazo de veinte años, y después el de diez años, plazo actual señalado por el vigente Código Civil Alemán.

El Código Alemán vigente señala que no basta con la simple carencia de noticias para considerar a una persona como ausente, sino que es necesario que se ignore su paradero, y en este caso el plazo para la declaración de muerte se contará desde el momento en que, según las últimas noticias, el ausente vivía aún; el ordenamiento jurídico alemán le atribuye ciertos efectos a la iniciación de la ausencia; es decir, le atribuye una presunción de vida hasta el momento en que se hace posible la declaración de muerte, mediante el seguimiento de un procedimiento intimatorio, mismo que será estudiado en su oportunidad .

El Código Civil Alemán distingue dos clases de ausencia; la llamada ausencia en general, o sea, la ausencia en todos los casos no tratados por disposición especial, y tres casos especiales de ausencia que se rigen por reglas diversas, o sea la llamada ausencia calificada.

Por lo que respecta a la ausencia en general, el ordenamiento jurídico alemán en su artículo 14, dispone que en estos casos la decla--

ración de muerte se admite a los diez años contados desde la fecha en que se hayan tenido las últimas noticias sobre la vida del ausente.

Sin embargo, para el caso de que el ausente hubiera cumplido se tenta años de edad, el código señala, que es suficiente el transcurso - de cinco años contados desde las últimas noticias que se tengan para que pueda ser declarada la presunción de muerte.

El Código Civil Alemán respecto a la ausencia calificada, señala que este tipo de ausencia sólo se puede presentar en tres casos especiales :

1).- El primero corresponde a los desaparecidos en la guerra, es decir, cuando un individuo pertenece al cuerpo armado o presta su ayuda voluntaria, toma parte en la guerra y desaparece en ella, provocando que desde ese momento se ignore su paradero, el ordenamiento señalado -- dispone que puede ser declarado muerto después de tres años de la conclusión de la misma, y para el caso de que se declare la paz. Pero cuando no hubiere tratado de paz, el plazo comienza al expirar el año en que -- acabó la guerra. (artículo 15) .

Lo anterior, por disposición del propio Código no es aplicable a los desaparecidos en la guerra mundial; debido a que por Ley de 30 de Febrero de 1925, comentada por los autores alemanes Enneccerus, Kipp y Wolff, nos dicen que la misma contiene disposiciones especiales a ese -- respecto, ya que señala que : " todo aquel que pertenezca a la fuerza -

armada del Reich alemán o a la de un estado aliado o amigo, toma parte en esta guerra, reside junto a la fuerza armada o la ha seguido, o bien que haya caído en poder del enemigo, si ha desaparecido durante la guerra puede ser declarado muerto, un año después de la última noticia sobre su vida " . (4)

2).- El segundo caso de ausencia calificada es el correspondiente a los desaparecidos en el mar, el Código Alemán dispone que todo aquel que se hallara en un buque siniestrado durante un viaje por mar ignorándose desde entonces su paradero, puede ser declarado muerto después de un año del siniestro. Cuando el siniestro no puede probarse se presume cuando el buque dentro de un cierto plazo no ha llegado a su destino, y además en el caso de que no se encuentre señalado un punto determinado se tomará en cuenta el hecho de que el buque no haya retornado al lugar de donde partió. (artículo 16).

Se señala que en el caso de recibirse noticias, el comienzo y la duración del plazo se cuentan como si el buque hubiera salido de donde se encontraba según las últimas noticias .

3).- El tercer caso se refiere a los desaparecidos "en otro peligro", como lo señala el Código Civil Alemán; y llamada también -

(4) LUDWING ENNECCERUS, THEODOR KIPP Y MARTIN WOLFF, Ob. --
Cit. Pág. 339 .

desaparición en accidente, de esta manera, aquel que se ha hallado en un peligro de vida, puede ser declarado muerto cuando haya transcurrido el término de tres años desde el acontecimiento que determinó ese peligro de vida. No se exige la prueba del accidente, sino que basta la prueba del peligro de vida y la desaparición a partir de entonces. (artículo 17) .

El Código Alemán señala algunos casos que deberían ser considerados como de "peligro de vida", y son: incendio, desgracia en una mina, erupción de un volcán, desprendimiento de tierras, etc.

La declaración de muerte en todos los casos señalados se obtiene mediante el cumplimiento de un procedimiento intimatorio, que se encuentra regido por las disposiciones contenidas en los artículos del 960 al 976 de la Ley Procesal Civil Alemana, por lo tanto, daremos en términos generales como está constituido .

El procedimiento intimatorio, recibe este nombre porque en el se contiene principalmente el llamado plazo de intimación, que no es más que el requerimiento que se le hace públicamente al ausente para que se presente en el plazo señalado por el Código, esta intimación se hace en los periódicos oficiales para que además de lo anterior si alguna persona tiene noticias sobre el ausente, las haga saber al Tribunal que conozca del procedimiento, al respecto se dispone que el Tribunal competente es aquel en cuyo distrito el ausente hubiere tenido su último domicilio, y a falta de semejante domicilio, el Tribunal competente será determinado por el Ministro de Justicia del mismo.

El procedimiento sólo se abre a petición de parte, pudiendo instarlo cualquier interesado, por ejemplo, el heredero o un acreedor del ausente, el representante legal del mismo y de manera muy especial el curador de ausencia que es precisamente el encargado de cuidar el patrimonio del ausente, ya que esta institución fué creada en Alemania - con ese propósito.

El solicitante, antes de iniciar el procedimiento debe hacer dignos de crédito los hechos constitutivos de la ausencia; una vez realizado lo anterior, se dicta la intimación, que como se ha mencionado es el requerimiento público al desaparecido para que comparezca dentro de un plazo determinado (plazo de intimación), y a los demás para - que comuniquen las noticias que pudieran tener acerca de la vida o muerte del desaparecido.

La intimación se hace en los periódicos oficiales y mediante fijación de edictos en las tablillas del tribunal; la mencionada publicación en los periódicos oficiales puede ser omitida en los casos de - desaparecidos en la guerra, en el mar u otro peligro.

El plazo de intimación ha de ser por lo menos de seis meses ; y en los casos en que no se requiere de la publicación en los periódicos oficiales es de por lo menos de seis semanas; respecto de los desaparecidos en la guerra mundial el plazo mínimo es de un mes.

La declaración de muerte sólo se pronuncia si se consideran - probados todos los requisitos de la misma; en la sentencia que se dic-

te al respecto se deberá fijar el momento presunto de la muerte.

La sentencia puede ser impugnada, por las mismas razones que cualquiera otra sentencia de caducidad, por todo aquel que tenga un interés jurídico en la revocación o en la fijación del momento de la muerte, mediante demanda que se ha de presentar ante el tribunal territorial dentro del plazo de un mes, e inmediatamente si la declaración de muerte no se ajusta a derecho o si se ha fijado indebidamente el momento de la muerte.

La acción debe dirigirse contra aquél que ha instado la declaración de muerte y, si esto es imposible, contra el fiscal.

No se fija plazo alguno para la impugnación que hagan por sí mismos los declarados muertos en la guerra mundial.

La sentencia de declaración de muerte, como la que revoque ésta o modifique el día de la muerte, surte efecto a favor y en contra de todos. Se trata de sentencias constitutivas, ya que crean un estado de derecho que antes no existía; es decir en el caso de sentencia de declaración de muerte, crea el estado de derecho de presunción de muerte.

Los desaparecidos en la guerra, en lugar de deducir la acción de impugnación, pueden también solicitar simplemente ante el tribunal de intimación la revocación de la declaración de muerte, lo mismo el Ministerio Público; no se da recurso alguno contra la revocación de la declaración de muerte. Surte efectos a favor y en contra de todos.

Los efectos que se producen una vez que está hecha la declaración de muerte, son que a partir de ese momento se presume que el ausente no vive ya, se dan a modo de presunción las mismas consecuencias como si hubiera muerto; se presume la extinción de los derechos no hereditables, se considera heredero aquel que lo hubiera sido en el supuesto de morir el ausente en el momento señalado.

El Código Civil Alemán ordena que en la sentencia se fije el momento presunto de la muerte; tal fijación la hace el juez tomando como base las investigaciones especiales realizadas, para el caso de que no se hicieran esas averiguaciones, o bien, que una vez hechas no dieran resultado, el día de la muerte deberá de ser fijado siguiendo ciertas reglas, es decir, para la ausencia en general, se fija en el momento en que se haya hecho admisible la declaración de muerte.

En los casos de ausencia calificada, si se trata de desaparecidos en la guerra, se fija en la fecha del tratado de paz y, en su caso, al fin del año en que se acabó la guerra; para los desaparecidos en el mar, en el momento de la pérdida del buque, o bien, en el día de la pérdida presunta, y, por último, a los desaparecidos en un peligro de vida, se les fija en el tiempo en que se empieza a arrostrar el peligro.

El Código Alemán también prevé el caso de que el ausente vuelva, al respecto señala, que si el ausente vuelve o que destruya la presunción de muerte de otra manera, es decir, por ejemplo mediante noticias, puede recobrar su patrimonio mediante una acción análoga a la ac-

ción de herencia y de exigir al presunto heredero la devolución del certificado de declaración de heredero que se le haya expedido por el tribunal.

Los efectos que en el Derecho de Familia produce la declaración de muerte se regulan de un modo especial, en interés de la seguridad del derecho, la ley alemana no se ha contentado con la presunción de muerte, sino que va más allá y estatuye un efecto definitivo de la declaración de muerte, que configura situaciones jurídicas, de esta manera señala el código civil que el matrimonio del ausente no se disuelve aún por efecto de la declaración de muerte. Se da únicamente la presunción de su disolución; el otro cónyuge puede contraer nuevo matrimonio, que sólo es nulo si ambos cónyuges sabían que el ausente ha sobrevivido a la declaración de muerte.

El Código Civil Alemán, respecto a la patria potestad ejercida por el ausente señala que termina en el momento que se fija como presunto muerto, pero el ausente puede recuperarla si manifiesta su voluntad en este sentido al tribunal de tutelas.

Respecto a la tutela llevada por el ausente o sobre él, si no ha sido revocada ya de antemano, se concluye definitivamente por la declaración de muerte, como asimismo la condición de miembro de un consejo de familia, al volver el ausente, estas relaciones jurídicas no pueden por tanto revivir, sino a lo sumo ordenarse de nuevo.

En cuanto a la aplicación en el ámbito personal de las disposi

ciones del Código Civil Alemán en materia de ausencia, los tratadistas consultados, entre ellos Enneccerus, Kipp y Wolff, están de acuerdo - en que las normas del código civil alemán sobre la ausencia se refieren principalmente a los ciudadanos alemanes, ya sea que hayan desaparecido en el interior o en el extranjero, basta para la plena aplicación del - derecho alemán, que el ausente fuese alemán en el comienzo de la ausencia, aunque hubiese perdido posteriormente la nacionalidad alemana. El juez alemán debe reconocer una declaración de muerte pronunciada en el extranjero con arreglo a derecho, aunque se refiera a un alemán.

Respecto a los extranjeros (o sea las personas cuya nacionalidad no puede demostrarse), señalan que sólo pueden ser declarados muertos con efectos limitados a aquellas relaciones jurídicas que se regulan por las leyes alemanas; existe sólo un caso en el cuál la declaración -- de muerte se da sin limitación alguna y es cuando el extranjero hubiera tenido su último domicilio en alemania y viviera allí su mujer y ésta - sea alemana, pero es necesario que lo solicite la mujer.

b) Código Suizo

El Código Suizo y el Código Alemán son los más recientes en la regulación de la ausencia, ambos siguen los lineamientos del sistema jurdico germánico.

Es importante patentizar que el criterio establecido por el Có

digo Civil Alemán en cuanto a la ausencia es recogido casi en su totalidad por el Código Suizo.

El ordenamiento jurídico suizo, señala que existen dos clases de ausencia que son:

La ausencia propiamente dicha, que consiste en la mera desaparición y la ausencia cualificada (llamada en el sistema jurídico alemán ausencia calificada), es decir, la desaparición con peligro grave para la vida del individuo.

El Código Suizo se adhiere al sistema del Código Civil Alemán en la regularización de la ausencia, aunque difieren en algunas cuestiones, principalmente porque el ordenamiento jurídico suizo reduce considerablemente el plazo en el que se puede obtener la declaración de muerte, es decir, tratándose de la ausencia propiamente dicha, autoriza a que esta declaración sea pronunciada a los cinco años contados a partir de las últimas noticias del ausente; y para los casos de la llamada ausencia cualificada en la que previamente a la desaparición se ha presentado un peligro grave para la vida del individuo, admite la declaración de muerte al año de su desaparición, lo señalado se encuentra consagrado en el artículo 36 del Código Civil Suizo.

Respecto a los diferentes plazos establecidos entre ambos ordenamientos jurídicos de origen germánico, el autor español José Castán - Tobeñas comenta que " el Código Suizo es más radical que el Alemán toda vez que autoriza la declaración de fallecimiento con plenos efectos para

la apertura de la sucesión a los cinco años desde que se tuvieron las últimas noticias del ausente, o al año de su desaparición en caso de calamidad pública o de inminente peligro de muerte ". (5)

El ordenamiento jurídico suizo al reducir el plazo, simplifica la institución de la ausencia, esta reducción constituye el único punto en el que divergen las disposiciones contenidas en el Código Suizo de las del Código Civil Alemán.

El Código Suizo también contempla el procedimiento intimatorio como lo hace la legislación alemana y nos señala que para obtener la declaración de muerte en todos los casos de ausencia debe cumplirse con el citado procedimiento mismo que se inicia a petición de parte interesada; dicha parte deberá fundar los hechos constitutivos de la ausencia de acuerdo a lo señalado en este ordenamiento jurídico, posteriormente se le hace un requerimiento público al ausente (intimación), para que se presente dentro de cierto plazo; para el caso de que no se presente ni se probara su existencia, se pronunciará la sentencia que declare la presunción de muerte, que surte efectos a favor y en contra de todos.

El requerimiento público se hace en los periódicos oficiales y mediante fijación de edictos que se colocan en las tablillas del tribunal; las publicaciones deberán hacerse por lo menos durante el plazo de

(5) CASTAN TOBENAS JOSE. Derecho Civil Común y Foral, Tomo 1^o, - Vol. 1^o, 4a. Edición, Madrid, Instituto Editorial Reus, -- Pág. 288 .

seis meses, en las que como se ha señalado, se le requiere (intima) al ausente para que se presente, o bien para que todo aquel que tenga -- noticias sobre su persona, las haga saber al tribunal que conoce del -- procedimiento.

El Código Suizo ordena que en la sentencia de declaración de -- muerte, se fije el momento presunto de la misma, esta sentencia puede ser impugnada por todo aquel que tenga un interés jurídico en la revocación o en la fijación del momento de la muerte.

El recurso de revocación se presentará ante el tribunal que ha pronunciado la declaración de muerte, dentro del plazo de un mes, no -- dándose recurso alguno contra la sentencia que revoque la declaración de muerte.

El Código Suizo señala los efectos de la declaración de muerte éstos son :

- 1.- Se abre la sucesión del ausente, ya que se presume que -- ha muerto.
- 2.- Se considera heredero a aquel que lo hubiera sido en el -- supuesto de morir el ausente en el momento señalado.
- 3.- Su matrimonio no se disuelve, se da únicamente la pre-- -- sunción de su disolución, el otro cónyuge puede contra--

er nuevo matrimonio, que sólo es nulo si ambos cónyuges sabían que el ausente ha sobrevivido a la declaración de muerte.

- 4.- Respecto a la patria potestad ejercida por el ausente, ésta termina en el momento que se fija como presunto muerto, pero podrá recuperarla si vuelve.

El ordenamiento jurídico suizo prevé el caso de que el ausente vuelva, y señala que en este caso recuperará sus bienes y derechos, de acuerdo a las disposiciones que establece.

c) Código Soviético

Ahora nos corresponde estudiar el Código Soviético que recoge al igual que los dos anteriores, el sistema jurídico germánico, y nos proporciona una regulación jurídica de la Institución de la Ausencia.

Entre los problemas especiales tratados por el Código Civil Soviético relativos a la personalidad jurídica de los ciudadanos, merece especial mención la cuestión de la ausencia con paradero desconocido.

Respecto de la ausencia el autor O. S. Ioffe en su Libro - de Derecho Civil Soviético nos comenta que: "la institución de la ausencia con paradero desconocido, adquirió gran importancia práctica durante la guerra y en los primeros años subsiguientes, ponién

dose de manifiesto entonces algunas fallas de la legislación relativa " . (6)

El artículo 10 del Código Civil Soviético nos señala los plazos en los cuales se podrá obtener la declaración de fallecimiento de una persona ausente, lo que hace en los siguientes términos:

"art. 10.- Un ciudadano podrá ser declarado fallecido, por vía judicial, cuando en su domicilio fijo no haya habido noticias acerca de su paradero en el transcurso de tres años; este plazo se reducirá a seis meses, si la desaparición se produjo en circunstancias que entrañaban peligro de muerte o daban fundamento para suponer que el ciudadano pereció a consecuencia de un determinado accidente " . (7)

Del contenido del numeral transcrito se desprende que el Código Soviético al igual que el Código Alemán distingue dos clases de ausencia, la ausencia propiamente dicha, que es aquella que se caracteriza por la desaparición de una persona de su domicilio, desconociéndose su paradero y sobre la cual se carece de noticias, y otra clase de ausencia en la que previamente a la desaparición del individuo se ha presentado un accidente o peligro de muerte (ausencia calificada en el Derecho Alemán) .

-
- (6) O. S. IOFFE. Derecho Civil Soviético, Instituto de Derecho Comparado, U.N.A.M., Imprenta Universitaria, México, 1960, Pág. 223 .
- (7) CODIGO CIVIL SOVIETICO, Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M, México, 1971 .

El Código Soviético regula otra clase de ausencia además de las dos anteriores y es aquella desaparición de un militar u otro ciudadano por haber intervenido en operaciones militares, al respecto señala en su artículo 11 que la declaración de muerte en estos casos sólo podrá pronunciarse al expirar el plazo de dos años, que se contará desde el día de la terminación de las mencionadas operaciones militares.

El Código de Procedimientos Civiles de la República Soviética regula el procedimiento que debe seguirse para obtener la declaración de fallecimiento de un ciudadano ausente; expondremos en términos generales como está constituido .

El procedimiento consta de dos fases o estadios, en el primero se examina y se resuelve el asunto relativo a la declaración de un -- ciudadano ausente sin paradero conocido, después de ésto, transcurrido determinado plazo, se llega al segundo estadio en el que se examina y -- se resuelve lo relativo a la declaración de muerte; este procedimiento sólo se abre a petición de parte interesada, la solicitud de declaración de muerte debe ser presentada ante el tribunal de la última residencia del ausente .

Las personas que promueven deben indicar las circunstancias -- que confirmen el hecho de la ausencia sin paradero conocido, así como -- la finalidad que se persigue mediante su recurso al tribunal.

Al ser presentada dicha solicitud, el tribunal interroga a -- las personas que puedan tener informes sobre el ausente, en primer tér-

mino a los parientes próximos, así como a los funcionarios del lugar -- del último empleo y del domicilio del ausente; con estos informes y las pruebas presentadas, el tribunal resolverá si está fundada la solicitud, y en caso afirmativo, mandará fijar en su local los anuncios sobre la -- situación del ausente; estos anuncios se envían también a los órganos -- del registro del estado civil en el domicilio del tribunal, en el último domicilio del ausente y en el lugar de su nacimiento.

La finalidad del anuncio consiste en requerir al ausente para que comparezca ante el tribunal e informe de su residencia, así como para que todos los que tengan noticias del ausente las comuniquen.

Transcurrido un determinado plazo y si el tribunal que conoce del procedimiento considera que la solicitud de la declaración de ausencia es lo suficientemente fundada, declarará formalmente la ausencia y lo relativo al establecimiento de la tutela sobre los bienes. Una copia de esta sentencia se deberá enviar al órgano del registro del estado civil del último domicilio del ausente, otra copia se fijará en el local del tribunal y se deberá publicar en la prensa.

Si transcurrido cierto plazo fijado por el código sin que el ausente comparezca ni se tengan noticias de su existencia, las personas interesadas podrán solicitar la declaración de fallecimiento, este asunto se examina conforme al mismo sistema que el relativo a la declaración de ausencia.

La copia de la sentencia de declaración de fallecimiento se en

vía al órgano del registro de actas del estado civil, a fin de que se inscriban en el libro del registro de fallecimientos .

La sentencia de declaración de ausencia, así como la que declara el fallecimiento, pueden apelarse por las personas interesadas por vía judicial ante el Tribunal de Instancia Superior.

El Código Soviético también prevé el caso de que el ausente vuelva y dispone que si esto sucede, la sentencia correspondiente según se haya presentado en el primero o segundo estadio, será anulada por el Tribunal.

En cuanto a los bienes del ausente que ha regresado, la legislación soviética no es muy clara, pero puede ser que esta obscuridad de preceptos se deba al tipo de régimen económico que prevalece en ese Estado.

B) Códigos de Tipo Latino

Las legislaciones Latinas tal y como lo mencionamos anteriormente, provienen del Derecho Romano y de ahí se diseminan a los países de origen latino como Francia, Italia y España principalmente; todas estas legislaciones contemplan la regulación de la ausencia bajo un mismo criterio jurídico.

En esta virtud, y tomando en cuenta la importancia que tiene

el estudio de la Legislación Romana, analizaremos a la ausencia en este Derecho.

a) Legislación Romana

El Derecho Romano es la fuente que dió origen al surgimiento del sistema jurídico latino en la regulación de la ausencia. Respecto de este derecho el autor italiano Pedro Bonfante nos comenta que : " la institución de la ausencia, en el sentido técnico en que se acostumbra hoy, es, extraña al Derecho Romano puro. Fué la práctica medieval la que empezó a colocar las bases, reconociendo a tal efecto, la presunción de que el ausente fuera considerado muerto cuando hubiera llegado a la edad de setenta años, o bien cinco años después de su desaparición, si en aquella época había alcanzado la edad citada " . (8)

Por su parte, el autor Juan Iglesias señala que : " la institución de la ausencia en el Derecho Romano fué regulada con unas cuantas disposiciones dispersas, las primeras bases fueron sentadas por la práctica medieval, que consideró como término ordinario de la vida la edad de setenta años, tal como se dice en el versículo 10 del Salmo 89. Al tenor de lo establecido por tal práctica, se presume muerto al ausente de quien no se sabe que viva, cuando hubiera llegado, de haber vivido a los setenta años. Si el ausente tuviera tal edad cuando se marchó, -

(8) BONFANTE PEDRO. Instituciones de Derecho Romano, Traducción de la 8a. edición Italiana por Luis Bacci y Andrés Larrosa, Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid, 1979, Pág. 53 .

se le da por muerto cinco años después de su desaparición ". (9)

El autor español Don José María Manresa y Navarro nos comenta que : " en el Derecho Romano, tan completo y previsor en otras materias y tan fecundo en instituciones jurídicas, falta una doctrina sistemática sobre la ausencia, si bien es cierto que se encuentran algunas - cuantas leyes en el Digesto que hacen relación a la ausencia, pero todos sus preceptos se referían a aislados aspectos de la ausencia, sin - coordinación ni enlace alguno " . (10)

Al respecto el maestro Rafael de Pina nos dice que en realidad " el Derecho Romano, no conocía la institución de la ausencia, que ésta no tenía en el mencionado derecho el significado con el que actualmente la conocemos, pues en realidad, se expresaba con esta palabra la no presencia " . (11)

El sentido en que ahora entendemos la palabra ausencia en su - aceptación técnico-jurídica no aparece en las legislaciones antiguas; en la legislación romana si se ocuparon de la ausencia pero no en una forma

-
- (9) IGLESIAS JUAN, Derecho Romano, 7a. Edición, Editorial Ariel, S. A., España, 1982, Pág. 164
- (10) MANRESA Y NAVARRO JOSE MA. D., Comentarios al Código Civil - Español, Tomo II, 2a. Edición, Madrid.
- (11) PINA RAFAEL de, Elemento de Derecho Civil, Pág. 218

jurídica ordenada sino más bien con disposiciones dispersas relativas a ciertos aspectos de la ausencia y a muy especiales relaciones jurídicas que produce, pero una exposición científica y completa de los principios que la organizaron no fué hecho sino por los legisladores que formaron el Código de Napoleón cuyas disposiciones en esta materia han pasado con muy ligeras modificaciones, a la mayoría de los códigos actuales.

En el Derecho Romano se daban ciertas características en orden a los efectos de la ausencia, lo principal estriba en que no se presumía muerta a una persona mientras no se probase, y, por tanto, no se abría sucesión, entregándose los bienes a los herederos sin perjuicio de los derechos de aquél.

" En la legislación romana no faltaron normas respecto a las relaciones patrimoniales y familiares de aquellos cuya existencia no constaba, con principios que formaron esencialmente la base del ordenamiento de la institución de la ausencia en nuestro derecho; al respecto, se ha afirmado, que el derecho romano captó una verdadera teoría de la ausencia que no ha sido superada posteriormente, pero además los partidarios de esta idea, señalan que el problema del mencionado ordenamiento romano consistía en que sus disposiciones en materia de ausencia se presentarán " . (12)

(12) COSSIO ALFONSO DE, Teoría General de la Ausencia, en Revista de Derecho Privado, Febrero 1942, Pags. 85 y ss.

De la exposición que hacen estos autores romanistas se concluye, primeramente, que eran dispersos los ordenamientos legales que se avocaban a la reglamentación de la ausencia, y en segundo término los preceptos que existían nos daban una concepción de esta figura jurídica que no ha variado gran cosa a la que nuestras legislaciones actuales contemplan.

b) Código Francés

Fué preciso llegar a los tiempos modernos para que el derecho construyese una doctrina sistemática del estado de ausencia; lo que se produjo al iniciarse la época de la codificación, siendo el primer código civil que reglamentó minuciosamente la institución de la ausencia, precisamente el código francés.

El Código Civil Francés, fué redactado poco después de la Revolución de 1789 y en época en que las convulsiones de las guerras civiles y napoleónicas habían dado lugar a decenas de miles de casos de ausencia, puesto que la nobleza y la alta burguesía de Francia habían huido de su país, consecuentemente los redactores entendieron necesario atender a los bienes patrimoniales, a las relaciones familiares y sucesorias que los ausentes habían dejado abandonadas.

" Los Legisladores Franceses, redactores del código, en el intento de regularizar las situaciones que provocaban la ausencia experimentaron algunas dificultades, porque encontraron escasos precedentes -

sobre esta institución lo cual no fué obstáculo para ellos, y atentos siempre a proteger los bienes y relaciones, basaron su institución de ausencia en el principio de que cuanto más larga sea ésta, más aumentan las posibilidades de muerte del ausente " . (13)

El Código Francés nos dice, que por ausente se entiende a toda aquella persona cuya existencia no es posible establecer por ningún hecho y cuya muerte no puede ser probada.

La ausencia sirve para designar la situación jurídica de una persona que ha desaparecido de su domicilio, y sobre cuya existencia se duda.

Los tratadistas Colín y Capitant nos comentan, que de la combinación de los artículos 115 y 135 del Código Civil Francés se obtendría la definición de lo que se debe entender por ausencia, y de esta manera nos dicen:

" Ausente es el individuo que ha cesado de estar en el lugar de su domicilio o de su residencia y cuya existencia no es conocida " . (14)

-
- (13) PLANIOL MARCELO Y RIPERT JORGE. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Pág. 38
- (14) COLIN AMBROSIO Y CAPITANT H., Curso Elemental de Derecho Civil, Pág. 834

El Código Francés en su artículo 114 dispone que, los intereses del ausente, como los del menor deberán de ser colocados bajo la - protección del Ministerio Público que debe ser oído en todos los procedimientos que le conciernan.

El ordenamiento jurídico francés regula a la ausencia originada por motivos bélicos, principalmente de todas aquellas personas desaparecidas en las guerras; al respecto los autores Marcelo Planiol y Jorge Ripert nos comentan lo siguiente :

" Que en todas las guerras los militares y aun los civiles envueltos en los movimientos de los ejércitos desaparecen sin que su fallecimiento pueda ser regularmente probado, el número de estas personas ha sido tan grande durante la guerra de 1914, a causa de la cifra de los - combatientes y del poder de los medios de destrucción empleados, que - los legisladores tuvieron que modificar para ellos el derecho, y es - así como por Ley de 3 de Diciembre de 1915, ya se considera como ocurrido el fallecimiento de los desaparecidos en la guerra. Esta ley, pronto demostró su insuficiencia, creándose otra de fecha 21 de Junio de 1919, que estimó que toda desaparición que tuviera su origen en hechos de guerra estaba, por eso mismo, rodeada de circunstancias capaces de hacer presumir su fallecimiento y permite la declaración del mismo, siempre - y cuando hubieran transcurrido seis meses desde el 23 de octubre de 1919 fecha de cese de las hostilidades y dos años después de la desaparición, por lo tanto las disposiciones en materia de ausencia, ya no tenfan interés para ellos " . (15)

(15) PLANIOI MARCELO Y RIPERT JORGE, Ob, Cit., Pág. 41

El Código Civil Francés divide la duración de la ausencia, en dos periodos, fundándose en la idea de que el ausente es aquel cuya existencia o muerte no está probada, que todo derecho subordinado a la prueba de una u otra queda en suspenso, sin embargo a medida que el tiempo transcurre sin noticias, el fallecimiento del ausente se hace más verosímil, y en el curso de los periodos señalados la idea del código se dirige hacia la presunción de muerte.

Periodos que componen a la ausencia dentro del Código Francés :

Primer Periodo: Presunción de Ausencia,

Segundo Periodo: Declaración de Ausencia, el cual consta de dos fases, que son: a) Fase de posesión provisional, y b) Fase de posesión definitiva.

Periodo de la Presunción de Ausencia, duración y efectos:

Este primer periodo de la ausencia, se encuentra regulado por los artículos del 112 al 114 del Código Civil Francés, de los numerales citados se desprende que la desaparición del ausente o sus últimas noticias constituyen el punto de partida de este primer periodo.

Salvo el retorno del ausente o la llegada de noticias que demuestren su existencia, el periodo de presunción de ausencia normalmente termina con la declaración de ausencia, que abre un nuevo periodo.

En cuanto a su duración, ésta varía según que el ausente haya dejado o no procurador.

En el primer caso cuando el ausente dejó procurador, la declaración de ausencia, sólo puede solicitarse después de diez años; en el segundo, después de cuatro años, pero, en ambos casos, la sentencia de declaración de ausencia se dicta a instancia de parte interesada.

Los Efectos de la Presunción de Ausencia, consisten en que desde ese momento dejan de poderse ejercitar todos los derechos que suponen la prueba de la existencia del ausente, no obstante, los derechos subordinados a la prueba de su muerte, no se abren aún, el código prevé únicamente las medidas provisionales, que como veremos, conciernen a la tutela de sus hijos y a la administración de sus bienes.

Como mencionamos, existen derechos que suponen la prueba de la vida del ausente, el código civil francés señala la caducidad de los mismos en los siguientes términos :

1º . El ausente no puede suceder, porque para suceder es preciso probar que se existe a la muerte del de cujus. Los bienes que pudieran corresponderle, si su existencia hubiere podido ser probada van a sus coherederos o a los herederos sin que éstos tengan que ofrecer ninguna garantía de restitución, sin embargo, si se trata de desaparecidos por hechos de guerra, se ordena, que su parte en las sucesiones a las cuales hubieren sido llamados, sea remitida a un curador que los representará -

hasta la declaración de ausencia. (artículo 220 Código Frances) .

2°. Desde que la existencia del marido se hace incierta, los hijos concebidos por la mujer dejan de beneficiarse con la presunción de que su padre sea el ausente en virtud del matrimonio (artículo 221) .

3°. La mujer del ausente no puede impugnar los actos por ella realizados sin autorización del marido, el código exige que en ausencia del marido la mujer se haga autorizar judicialmente, pero para impugnar los actos que haya celebrado sin autorización tendrá que demostrar que al celebrarlos, ella tenía el carácter de mujer casada, lo que exigiría la prueba de la existencia de su marido (artículo 222) .

4°. Los pactos sobre la sucesión del ausente, no pueden ya ser atacados como pactos sobre la sucesión futura; pues no podrían hacerlos anular sino probando la vida del de cujus al ser celebrado el contrato.

5°. Aunque el cónyuge del ausente no puede legalmente volverse a casar por no poder probar el fallecimiento de su cónyuge, el matrimonio que llegase a contratar no puede ser impugnado en tanto que no sea demostrada la vida del ausente, sólo a este último corresponde en todo caso, la acción de nulidad del matrimonio (artículo 230) .

Todos los derechos subordinados a la prueba de la vida del ausente quedan paralizados desde el período de declaración de ausencia; sólo existe dentro del código francés una excepción y se trata del caso de los

mandatarios del ausente, ya que podrán hasta la declaración de ausencia - continuar representando su mandato, sin tener que probar que su mandante continúa existiendo.

El Código Francés ordena que ningún derecho que exija la prueba de la muerte del ausente podrá ser ejercitado por parte del que lo presente, en virtud de que el principio que rige al mencionado ordenamiento jurídico es que la muerte del ausente no se halla más probada que su vida.

Entre las medidas provisionales señaladas por el Código Francés, se encuentran las relativas al nombramiento de tutor provisional para los hijos del ausente, en el caso de que no tengan ya una tutela legal organizada; ordena las medidas de protección al patrimonio del ausente en el caso de que no haya dejado mandatario que cuide de sus intereses, pero son igualmente posibles cuando el mandatario muere, renuncia o cuando ese mandato no le confiere poderes suficientes.

Tienen derecho a solicitar para el ausente esas medidas protectoras, las siguientes personas:

Los terceros, si tenían con el ausente alguna relación de derecho; sus acreedores; asociados o su cónyuge; los herederos a quienes la posibilidad del fallecimiento del ausente da un derecho de vigilancia sobre la sucesión y el Ministerio Público, defensor legal del ausente; todos están obligados a demostrar la necesidad de las medidas que proponen.

La admisión de las medidas queda al arbitrio de los Tribunales,-

la mayoría de las veces se remiten a nombrar un administrador provisional, designándole ellos mismos sus poderes, y en casi todos los casos declararán que les otorgan los poderes más amplios, sin embargo, el tribunal no permite al administrador provisional que ejecute sino los actos estrictamente necesarios; siendo así cuando se trata de actos de administración, pero en el caso de los actos de disposición, el tribunal se reserva el poder de autorizar especialmente cada uno de ellos.

En relación con el procedimiento, se estipula que los interesados deben dirigirse al tribunal del último domicilio del ausente. La competencia de este tribunal se funda en que el ausente es un demandado virtualmente, y además, de que se trata de medidas en cierto modo preparatorias para la apertura de su sucesión.

El tribunal actúa mediante la presentación de la demanda, los interesados unen a ésta todos los documentos que puedan justificar la ausencia; el tribunal resuelve después de haber oído el informe de un juez comisionado por el presidente y las indicaciones del Ministerio Público. Puede ordenar además todas las medidas de instrucción que sirvan para esclarecerle. Las costas del juicio van a cargo del patrimonio del ausente.

Período de Declaración de Ausencia:

Este período es el segundo en el que el Código Civil Francés divide a la ausencia, mismo que se encuentra regulado por los artículos del

115 al 119.

El Código distingue según si el ausente al alejarse ha dejado o no un apoderado, es decir, un mandatario general para administrar sus bienes.

a) Si el ausente ha dejado un mandatario, se retrasa la declaración de ausencia, ya que la falta de noticias es explicable, puesto que el mismo interesado ha previsto que estaría un determinado tiempo sin volver y por lo tanto ha dejado a alguien para que actúe en su lugar. La declaración de ausencia no puede ser solicitada sino después de transcurridos diez años de su desaparición o sus últimas noticias. Para que un poder retrase así la declaración de ausencia es preciso que sea general, ya que un mandato especial no protegería al ausente y no presumiría en él la previsión de un largo tiempo.

b) Si el ausente no ha dejado poder o no ha dejado sino un poder especial, se debe creer que su desaparición ha sido voluntaria e imprevista, lo que hace más verosímil un accidente mortal, y como por otra parte sus intereses sufren, puesto que nadie lo representa, la ley permite la declaración de ausencia, cuatro años después de sus últimas noticias.

Con relación al procedimiento de la declaración de ausencia el ordenamiento jurídico francés señala, que ninguno de aquellos que tienen derechos subordinados a la muerte del ausente, pueden ejercitarlos, en tanto que la ausencia no haya sido declarada; todos tienen pues, interés

en demandar, tan pronto los plazos legales hayan expirado, esa declaración debe ser hecha mediante una sentencia.

La demanda de declaración de ausencia es de competencia del tribunal del último domicilio del desaparecido y se presenta al presidente del tribunal, pero se aprecia una contradicción con relación a que el procedimiento se entabla con el Ministerio Público encargado de defender los intereses del ausente.

El tribunal puede rechazar de plano la demanda, a pesar de la falta de noticias, cuando por determinadas circunstancias se crea en la existencia del ausente. No puede hacer uso de ese derecho sino respetando tres disposiciones establecidas por la ley para la protección del presunto ausente; estas son:

Primera : El tribunal antes del juicio de declaración de ausencia, debe ordenar por medio de un juicio calificado de preparatorio, dos informaciones, una en el lugar de la última residencia y otra en el lugar del último domicilio del ausente, si dichos lugares son distintos. Los testigos tachables podrán ser oídos en este caso.

Segunda : La ley ordena que debe transcurrir por lo menos un año entre el proveído que ordena la información y el que ha de pronunciar la ausencia, este plazo debe darle tiempo al ausente para ser informado de la demanda fijada contra él.

Tercera : El proveído que ordena la información así como el que declare la ausencia, deben ser publicados por orden del Ministerio de Justicia, al cual se envían por el juzgado.

Todos los fallos de declaración de ausencia que sean seguidos sin cumplir las anteriores disposiciones serán nulos; cada una de estas providencias son susceptibles de apelación.

La declaración de ausencia tiene como objeto principal, el permitir el ejercicio a otras personas de los derechos subordinados al fallecimiento del ausente.

El Código señala quienes pueden pedir la declaración de ausencia tales son :

- 1.- Los herederos presuntos del ausente, a los que la declaración de ausencia permite tomar posesión provisional, con un derecho más o menos amplio, de los frutos o rentas de los bienes del ausente.
- 2.- Sus legatarios y donatarios de bienes futuros que se hallan en una situación análoga.
- 3.- Su cónyuge, al que la declaración de ausencia permite exigir la liquidación de la sociedad legal y ejercitar las ventajas que para el caso de muerte posterior puedan haber

sido establecidas en el contrato de matrimonio.

- 4.- Todos aquellos cuyos derechos estuvieren afectados por una condición suspensiva consistente en la muerte del ausente, principalmente los donatarios que se hubieran reservado el derecho de retracto convencional.

La primera fase que compone la declaración de ausencia es :

- a) La Fase de la Toma de Posesión Provisional.

Al respecto el Código Civil Francés en su artículo 120 señala -- que todas las personas de que acabamos de tratar en líneas precedentes, -- pueden desde la declaración de ausencia, pedir el goce provisional de los derechos que les daría la muerte del ausente. Los herederos para eso deben de hacer que se les de la posesión provisional por medio de una resolución judicial que puede ser la sentencia declarativa de la ausencia u otra sentencia posterior. Los otros causahabientes no están obligados a promover el juicio, sólo en el caso de que los herederos no hayan obtenido que se les de posesión. Los que han tomado posesión provisional no tienen -- sino un goce precario de los derechos del ausente, inclusive el ordenamiento jurídico francés, los llega a calificar de depositarios, efectivamente, no pueden salvo autorización judicial, disponer de los bienes que les han sido entregados y deben dar cuenta de ellos al ausente si reapareciere.

El artículo 126 del ordenamiento jurídico francés señala las -- obligaciones que tienen las personas que adquieren la posesión provisional, estas son :

Prestar garantía, hacer inventario, vender el mobiliario e invertir su importe, así como el de los frutos obtenidos, todo esto es en previsión de las restituciones que puedan tener que hacer al ausente y para proteger sus intereses.

En primer término, el Código en su artículo 124 concede al cónyuge del ausente el derecho de optar, con ocasión de esa declaración por la continuación provisional de la sociedad legal, que de este modo podrá ser prolongada hasta treinta años cuando más. El esposo que hace uso de ese derecho retrasa al mismo tiempo la apertura de todos los derechos subordinados al fallecimiento del ausente, principalmente los derechos de sus herederos presuntos.

El ordenamiento jurídico francés dispone que ningún derecho extrapatrimonial subordinado a la prueba de fallecimiento del ausente podrá ser abierto, ni siquiera provisionalmente por la declaración de ausencia; por lo tanto el esposo de la ausente no queda libre; los herederos del marido ausente no pueden ejercitar aún la acción de extinción de la patria - potestad.

El artículo 139 del Código a estudio, señala que el matrimonio - del cónyuge del ausente, y los actos celebrados por su mujer sin autorización, no podrán ser impugnados sino con la prueba de su muerte.

Con lo anterior concluimos lo relativo a la toma de posesión provisional, nos corresponde ahora adentrarnos al estudio de la segunda fase que compone el período de declaración de ausencia, lo que haremos en los siguientes términos :

b) Toma de Posesión Definitiva - Sus Efectos.

El Código Civil Francés en su artículo 129 y siguientes, señala que el período de la toma de posesión definitiva no es más que una segunda fase de la ausencia declarada.

Comienza treinta años después del juicio de declaración de ausencia y aún antes, si han transcurrido cien años desde el nacimiento del ausente.

Por lo que toca a los desaparecidos en la guerra, se faculta a los tribunales para declarar la ausencia, reduciendo a cinco años el plazo al cabo del cual podrá ser ordenada la toma de posesión definitiva.

Los efectos de la toma de posesión definitiva son :

- 1° Pone término necesariamente a la sociedad legal, en cuanto haya continuado a instancia del cónyuge presente, lo cual implica que se realicen todos los efectos de ausencia que -

la opción del cónyuge presente había retardado.

- 2° Aumenta los derechos de los que han tomado posesión; éstos no se hayan ya sujetos a ninguna restitución de frutos en el caso de regreso del ausente; pueden disponer válidamente de los bienes y estas enajenaciones perjudican legalmente al ausente; pueden prescribir contra el ausente y contra sus hijos y descendientes que se presentaren.

- 3° Finalmente la toma de posesión definitiva permite el ejercicio de los derechos subordinados a la muerte del ausente, - mismos que la declaración de ausencia había dejado en suspenso, lo anterior es en razón a que " el ausente, entonces, se presume muerto " .

En este caso la prescripción no corre ya contra el ausente, sino contra los que han tomado posesión, pero además señala el código, que - sin que este efecto de la toma de posesión definitiva implique carácter retroactivo.

El Código Civil Francés señala que la toma de posesión definitiva no equivale, desde el punto de vista de los derechos extrapatrimoniales, a la prueba, ni siquiera provisional de la muerte del ausente.

la opción del cónyuge presente había retardado,

- 2° Aumenta los derechos de los que han tomado posesión; éstos no se hayan ya sujetos a ninguna restitución de frutos en el caso de regreso del ausente; pueden disponer válidamente de los bienes y estas enajenaciones perjudican legalmente al ausente; pueden prescribir contra el ausente y contra sus hijos y descendientes que se presentaren.

- 3° Finalmente la toma de posesión definitiva permite el ejercicio de los derechos subordinados a la muerte del ausente, - mismos que la declaración de ausencia había dejado en suspenso, lo anterior es en razón a que " el ausente, entonces, se presume muerto " .

En este caso la prescripción no corre ya contra el ausente, sino contra los que han tomado posesión, pero además señala el código, que - sin que este efecto de la toma de posesión definitiva implique carácter - retroactivo.

El Código Civil Francés señala que la toma de posesión definitiva no equivale, desde el punto de vista de los derechos extrapatrimoniales, a la prueba, ni siquiera provisional de la muerte del ausente.

Sucesos que ponen fin a la Ausencia.

En Francia la ausencia no termina sino mediante la prueba de la vida o de la muerte del ausente.

Si la vida del ausente se prueba, éste entra en la clase de los no presentes y a partir de ese momento le corresponde a él la administración de sus bienes. En este caso, los que han tomado posesión deben rendirles cuentas, restituirle las rentas percibidas por ellos y cesan en el futuro de tener ningún derecho sobre los frutos de sus bienes.

En el caso contrario, es decir, si se llega a saber el fallecimiento del ausente y la fecha de éste; se abre su sucesión en beneficio de los que fueran sus sucesores en esa fecha, y que pueden ser distintos de los que han tomado posesión de sus bienes. Además, los que han tomado posesión provisional deberán restituir a los verdaderos herederos, los frutos percibidos por ellos en igual medida que al mismo ausente.

c) Código Italiano

Sobre las bases del Derecho Romano y Germánico, se formuló la doctrina de los jurisconsultos italianos quienes hicieron ya una construcción sistemática de la ausencia, que es la que principalmente ha inspirado a las legislaciones modernas.

Como hemos mencionado, dentro del Derecho Romano se encontraban muy pocas disposiciones con relación a la ausencia, mismas que fueron dadas en forma aislada y que por lo tanto, una vez que los jurisconsultos italianos se basaron en tan escasos antecedentes, muy pronto se empezó a notar que el Código Civil Italiano contenía un sinnúmero de defectos; siendo el principal, que en el mencionado ordenamiento jurídico se establecía una excesiva duración de los plazos, respecto a los diferentes períodos de la ausencia, por lo cual se hacían inaplicables para la solución de su puestos distintos a los normales.

El Código Civil Italiano en su artículo 48 define al ausente diciendo que es toda aquella persona que no se encuentra en su domicilio o residencia y de la cual se carece de noticias; este ordenamiento divide a la ausencia en dos períodos; el 1° de la declaración de ausencia y el 2° de la presunción de muerte.

El procedimiento de declaración de ausencia sólo se abre a instancia de parte interesada o de los presuntos sucesores legítimos, o bien del Ministerio Público, la solicitud debe presentarse ante el tribunal del último domicilio o residencia del ausente; las medidas que adopta el tribunal en cuanto se presenta la solicitud son:

- 1a. Le nombra un curador que represente al ausente en juicio y en la formación de los inventarios.

- 2a. Dicta las providencias necesarias para la conservación - del patrimonio del desaparecido.
- 3a. Si el ausente ha dejado quien lo represente, no se da lugar al nombramiento del curador, o bien, sólo será nombrado en cuanto a los actos que el mismo no puede cumplir.

El ordenamiento jurídico italiano autoriza la declaración de ausencia después de dos años contados a partir de las últimas noticias del ausente, esta declaración debe ser solicitada al Tribunal que conoce del procedimiento, por los presuntos herederos legítimos del ausente o por cualquier persona que demuestre tener sobre sus bienes derechos dependientes de su muerte. (artículo 49)

El artículo 50 del ordenamiento jurídico italiano, señala los efectos de la declaración de ausencia, estos son:

- 1.- Se abre el testamento del ausente, en caso de que exista.
- 2.- Se les otorga a los herederos testamentarios o legítimos - la posesión temporal de los bienes.
- 3.- Los legatarios, donatarios y todos aquellos que tengan derechos dependientes de la muerte del ausente, se les per-

mite el ejercicio temporal de esos derechos.

- 4.- Aquellos que por efecto de la muerte del ausente quedarían liberados de obligaciones, pueden ser exonerados temporalmente del cumplimiento de ellas.

Las personas que obtienen la posesión temporal de los bienes del ausente, por disposición del artículo 52, están sujetas a la obligación de otorgar caución y hacer inventario de los bienes que reciben; por su parte, ellos tienen el derecho de administrar los bienes y gozar de las rentas que produzcan los mismos, pero con la obligación de reservar al ausente la tercera parte de ellas.

Existe una excepción a lo señalado, y se encuentra consagrada en el artículo 53 del Código Civil Italiano, mismo que señala lo siguiente:

" art. 53.- Los ascendientes, los descendientes y el cónyuge puestos en posesión temporal, retendrán en beneficio propio la totalidad de las rentas " .

Existe un límite a la disponibilidad de los bienes, consiste en que todos aquellos que han obtenido la posesión temporal de los bienes no pueden enajenarlos, hipotecarlos o someterlos a prenda, únicamente tienen el derecho de administrarlos. (artículo 54)

El Código Civil italiano prevé el caso de que el ausente regrese o se pruebe su existencia en este primer período de la ausencia, al respecto en su artículo 56, ordena que cesen los efectos de la declaración de ausencia, salvo la adopción de providencias para la conservación del patrimonio, si es necesario.

El segundo período de la ausencia dentro del Código Civil Italiano no lo constituye la declaración de muerte presunta, mismo que se encuentra regulado por los artículos 58 y siguientes del mencionado ordenamiento jurídico.

Se autoriza la declaración de muerte, cuando han transcurrido diez años desde el día en que se obtuvieron las últimas noticias del ausente.

La solicitud de declaración de muerte, deberá ser solicitada por el Ministerio Público o por parte interesada; si el tribunal considera que no está fundada tal pretensión, la rechazará de plano y no podrá volver a solicitarse sino después del transcurso de dos años.

El ordenamiento jurídico italiano, también prevé el caso de que la desaparición se origine en operaciones bélicas o bien que tenga lugar en un accidente; lo que hace de la siguiente manera:

1.- Autoriza la declaración de muerte para los desaparecidos en operaciones bélicas, después del transcurso de dos años contados a partir de la entrada en vigor del tratado de paz y en defecto de éste, tres -

años desde el final del año en que cesaron las hostilidades. (artículo 60)

2.- Cuando ha desaparecido una persona por un accidente y no se tienen noticias suyas, autoriza la declaración de muerte después de dos años, contados desde el día en que tuvo lugar el mencionado accidente. (artículo 61)

El artículo 63 del Código Civil Italiano, dispone que los efectos de la declaración de muerte son :

- 1.- Todos aquellos que obtuvieron la posesión temporal de los bienes, pueden disponer libremente de ellos.
- 2.- Aquellos a quienes se concedió el ejercicio temporal de los derechos o la liberación temporal de las obligaciones, obtienen el ejercicio definitivo de los derechos o la liberación definitiva de las obligaciones.
- 3.- Cesan las cauciones y otras cautelas que se hayan impuesto.

Por lo que respecta al matrimonio del ausente, el Código Civil Italiano dispone que éste no se disuelve en virtud de la sentencia que declara su muerte presunta, el otro cónyuge puede pasar a nuevas nupcias, - que sólo serán nulas si el presunto muerto retorna o se comprueba su exis

tencia, ya que el nuevo matrimonio está condicionado a la persistencia -- del primer matrimonio. El nuevo matrimonio no es nulo de pleno derecho , sino anulable y por lo tanto, es necesario que lo impugne el cónyuge que ha retornado. (artículos 65 y 69)

El ordenamiento jurídico italiano, dispone, que si la persona -- que ha sido declarada muerta presunta regresa o se prueba su existencia, -- recupera sus bienes en el estado en que se encuentren y el precio de los -- enajenados. (artículo 66)

Esta legislación contiene el mismo espíritu del Legislador Fran-- cés pues reglamenta en forma similar a la ausencia, por lo que sólo anota-- mos algunas de las principales características propias del Derecho Italia-- no.

d) Código Español

Ausencia en España en su sentido usual significa " falta de pre-- sencia " .

" El ausente es el que no está en el lugar donde tiene su domici-- lio o donde su presencia es necesaria " . (16)

El Código Español en su artículo 181 señala que existen dos clases de ausencia , y son:

- 1a. Ausencia de Hecho: correspondiente a aquella persona que se halla fuera de su domicilio, sabiéndose con certeza - su existencia; y
- 2a. Ausencia Legal: tratándose del que se halla fuera de su domicilio desconociéndose su paradero y su existencia.

Para el ordenamiento jurídico Español, sólo la ausencia en ignorado paradero produce efectos jurídicos y sólo ella da lugar a un estado civil especial.

Antecedentes Históricos de la Ausencia en el Derecho Español :

El autor español Diego Espin, en su manual de Derecho Civil Español, comenta: " que el Código Civil Español se inspiró para la regulación de la ausencia, en los códigos extranjeros, singularmente en el Francés y en el Italiano; orientándose por el sistema latino, diferenciándose del Código Francés, sólo en lo relativo a la presunción de muerte". (17)

(17) ESPIN DIEGO. Manual de Derecho Civil Español, 2a. Edición, Vol. I, Parte General, Pág. 240 .

En 1939 se expide en España un ordenamiento jurídico que tutela a la ausencia, mismo que vino a llenar una verdadera laguna en la legislación española; esta Ley realiza importantes reformas en las disposiciones jurídicas que regulan a la ausencia; señalaremos a continuación cuales fueron las reformas más importantes:

a) Se simplifica el régimen de ausencia, señalando en ella dos únicas fases o estadios; el de la declaración de ausencia y el de la declaración de fallecimiento, nombre este último, que substituye al antiguo de " presunción de muerte " .

b) Se puede delimitar, a través de la ley las dos especies de ausencia, es decir, la ausencia simple y la cualificada.

c) Se acortan los plazos anteriormente establecidos, se crea la nueva institución de defensor del ausente y se regula con detalle la representación del mismo.

d) Se reconoce a la ausencia como un estado civil, que afecta, no sólo a los derechos de carácter patrimonial, sino también a los de naturaleza personal.

e) Se establece el Registro Central de Ausentes, que posteriormente se absorbe por el Registro Civil.

f) Se regula en la Ley Procesal todo lo relativo a las formalidades del procedimiento, llenando así la laguna que existía en la legis

lación española.

Por lo que respecta al Código Civil Español vigente, este ordenamiento divide a la ausencia en las siguientes fases:

Primera: De la Declaración de Ausencia, Requisitos y Efectos,

A.- La Declaración Judicial de Ausencia requiere :

1°. Que haya pasado un año desde las últimas noticias del ausente o, a falta de éstas, desde su desaparición, si no hubiere dejado apoderado con facultades de administración de todos sus bienes; o que hayan pasado tres años si existiere el apoderamiento. (artículo 184)

2°. Que se pida esta declaración por alguna de las personas que tienen obligación o simple facultad de hacerlo. (artículo 185)

Tienen obligación de promover o instar la declaración de ausencia legal, sin orden de preferencia: el cónyuge del ausente no - separado legalmente; los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado y, el Ministerio Fiscal, de oficio o en virtud de denuncia.

Tienen simple facultad para pedir aquella declaración: cualquier persona que racionalmente estime tener sobre los bienes del desaparecido algún derecho ejercitable en vida del mismo o dependiente de su muerte.

El procedimiento para la declaración de ausencia legal se hace por los trámites de los actos de jurisdicción voluntaria, inscribiéndose la declaración judicial en el registro, misma que no surte efectos sino seis años después de su publicación en los periódicos oficiales.

B.- Efectos.

a) Con relación a la representación del ausente y defensa de su patrimonio. Corresponde esta representación, así como la protección y administración de sus bienes, y el cumplimiento de sus obligaciones, a las siguientes personas: (artículo 187)

- Al cónyuge presente mayor de edad no separado legalmente;
- Al hijo legítimo mayor de edad, prefiriéndose, si hubiera varios, los varones a las hembras y del mayor al menor;
- Al ascendiente más próximo de menor edad de una u otra línea, con preferencia del varón a la hembra;
- A los hermanos o hermanas, de doble vínculo, mayores de edad;
- En defecto de las personas mencionadas, a la persona solvente y de buenos antecedentes que el juez designe a su prudente arbitrio y una vez que haya oído al Ministerio Fiscal.

Las obligaciones del representante son:

Hacer un inventario de los bienes muebles y describir los inmuebles; prestar la garantía que el juez fijar quedando exceptuado de esta obligación el cónyuge, hijos y ascendientes; conservar y defender el patrimonio del ausente y obtener de sus bienes los rendimientos normales de que fueren susceptibles. (artículo 188)

b) Efectos con relación a los Poderes Familiares. En este orden, la declaración de ausencia influye sobre la patria potestad, ya que es una de las causas de su suspensión. En relación con la capacidad de la mujer del ausente, se deja a salvo lo que válidamente se hubiere convenido en las capitulaciones matrimoniales y se autoriza al cónyuge presente a solicitar la separación de bienes. (artículo 189)

c) Con relación a los Derechos Patrimoniales del ausente. El Código señala en su artículo 195 que: " para reclamar un derecho en nombre de la persona constituida en ausencia, es preciso probar que esta persona existía en el tiempo en que era necesaria su existencia para adquirirlo; abierta una sucesión a la que estuviera llamado un ausente, acrecerá la parte de éste a sus coherederos, al no haber persona con derecho propio para reclamarla ".

Se les concede a los coherederos una especie de derecho de acrecer, mismo que se encuentra limitado y condicionado por las siguientes reglas: (artículos 196 y 197)

Primera: Quedan a salvo las acciones de petición de herencia u otras que competen al ausente o a sus representantes;

Segunda: Que los coherederos deberán hacer, con intervención del ministerio fiscal, un inventario de los bienes, - que deberán conservar hasta la declaración de fallecimiento;

Tercera: Que en la inscripción en el registro de los bienes inmuebles que acrezcan a los coherederos se hará constar esta circunstancia.

Cesación de los Efectos de la Ausencia. Termina el estado de ausencia, artículo 190, por las siguientes causas :

- 1.- Por la reaparición del ausente.
- 2.- Cuando se acredite su defunción.
- 3.- Cuando se presente un tercero acreditando haber adquirido los bienes del ausente. Al respecto, el código señala, -- que si se presentare un tercero acreditando con documentos fehacientes haber adquirido por compra u otro título, bienes del ausente, cesará la representación respecto de dichos bienes, que quedarán a disposición de sus legítimos titulares. La representación no cesa en estos casos nada mas que con respecto a dichos bienes; la situación de - ausencia seguirá adelante. Pero en el caso, de que con

la presentación del tercero se llegara a tener noticias de la existencia y situación del desaparecido, debe cesar el estado legal de ausencia.

Segunda: Declaración de Fallecimiento, Requisitos y Efectos.

Esta segunda fase se encuentra regulada por los artículos 191 y siguientes del Código Civil Español.

Requisitos :

- I.- Para que pueda ser declarado el fallecimiento es necesario el transcurso de diez años desde las últimas noticias del ausente, o a falta de éstas, desde su desaparición.
- II.- El transcurso de sólo cinco años desde las últimas noticias o desaparición, si al expirar dicho plazo hubiera cumplido el ausente setenta y cinco años de edad.
- III.- Que se inste por parte interesada o por el ministerio fiscal.

Toda declaración de fallecimiento deberá expresar la fecha a partir de la cual se entienda sucedida la muerte.

Efectos :

a) Efectos respecto a la situación anterior.- Por la declaración de fallecimiento cesa la situación de ausencia legal. Como consecuencia termina la función del representante del ausente.

b) Efectos respecto al destino del patrimonio.- Una vez que sea declarada firme la declaración de fallecimiento, se abrirá la sucesión en los bienes del declarado fallecido, procediéndose a su adjudicación, judicial o extrajudicial.

c) Efectos en orden al vínculo matrimonial.- La apertura de la sucesión lleva consigo la disolución de la sociedad de gananciales, ya que aquella es incompatible con la subsistencia de ésta, además, señala el código, que la declaración de fallecimiento, en cambio, no bastará por sí sola para que el cónyuge presente pueda contraer ulterior matrimonio.

En el Código Español se regula, al lado de la Ausencia llamada Simple y que acabamos de estudiar, la llamada Ausencia Cualificada, misma que procede en los casos o supuestos de desaparición, caracterizados por el riesgo o peligro en que se halló el sujeto y en los cuales el plazo se reduce a dos años.

Casos de Ausencia Cualificada:

1ª. Se autoriza la declaración de fallecimiento cumplidos dos

años, contados a partir de la presentación de un riesgo inminente de muerte por causa de siniestro o de violencia contra la vida, en que una persona se hubiese encontrado sin haberse tenido con posterioridad noticias suyas.

2ª. Desaparición en operaciones de campaña. En este caso, el plazo también es de dos años, pero contados desde la fecha del tratado de paz o la declaración oficial del fin de la guerra. Para poder apreciar este supuesto es preciso que se pertenezca al contingente armado o se vaya unido a él en funciones auxiliares o informativas.

3ª. Desaparición en un naufragio. Se señala igual plazo que el anterior, que se cuenta a partir de la comprobación del mismo.

4ª. Desaparición por accidente aéreo. Con igual plazo a contar de la comprobación o el encuentro de restos humanos no identificados.

Efectos: La declaración de fallecimiento produce como efectos comunes a la ausencia simple y a la cualificada, los siguientes:

- 1.- El cese de la situación de ausencia legal, cuando haya sido declarada o de las medidas provisionales, cuando hubiere habido lugar a ellas;

- 2.- La posibilidad del matrimonio del cónyuge del ausente;
- 3.- La apertura de la sucesión del ausente o desaparecido,

Revocación de la Declaración de Fallecimiento:

El Código Civil Español en su artículo 194 dispone que si después de la declaración de fallecimiento reaparece el ausente o se prueba su existencia, queda destruida la presunción de muerte implícita en la declaración de fallecimiento y, por tanto, procede la revocación de la misma.

Por la revocación de la declaración de fallecimiento cesan los efectos de ésta, tanto de orden patrimonial como familiar.

Respecto a los efectos patrimoniales: el ausente recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren y tendrá derecho al precio de los que se hubieren vendido o a los bienes que con este precio se hayan adquirido, pero no podrá reclamar de sus sucesores rentas, frutos, ni productos obtenidos con los bienes de la sucesión, sino desde el día de su presencia o de la declaración de no haber muerto.

En cuanto a los efectos familiares: el ausente recuperará las potestades familiares que le corresponda, como la patria potestad y auto-

ridad marital. Y para el caso de que el cónyuge presente hubiere pasado a segundo matrimonio, éste queda anulado y continúa, en cambio, en vigor el primer matrimonio.

Registro Central de Ausentes :

No existía precedente de una constancia registral propia o autónoma de la ausencia en el Derecho Español hasta la reforma hecha al Código Civil en 1939.

Posteriormente en 1957 se da una nueva Ley del Registro Civil, - en la que se ordena la incorporación a este registro, del central de ausentes.

El procedimiento que se sigue para la inscripción es el siguiente:

Existe el folio registral correspondiente a cada ausente, el -- que se iniciará con la inscripción del nombramiento de la representación legal del mismo, o la del defensor si ha precedido este nombramiento, en cuyo caso, la inscripción de representación legal del ausente se practica rá en el folio abierto para el defensor. Las declaraciones de ausencia y fallecimiento se harán constar, en su caso marginalmente.

El Código ordena que deben inscribirse también las resoluciones

judiciales que dejan sin efecto la declaración de ausencia o fallecimiento en su caso; inscrita en el registro la declaración de ausencia, quedan -- extinguidos de pleno derecho todos los mandatos generales o especiales -- otorgados por el ausente. En relación con la declaración de fallecimiento el ordenamiento jurídico español dispone que su inscripción deberá expresar la fecha a partir de la cual se entiende ocurrida la muerte, salvo -- prueba en contrario.

Se impone como un deber general a cualquier funcionario o particular que conozca la existencia de la persona declarada ausente o fallecida, la comunicación de tal hecho al Ministerio Fiscal o al Encargado del Registro.

Este registro que establece el Código Civil Español, considero es uno de los temas más interesantes en materia de ausencia dentro de esta Legislación, en cuanto a que proporciona una gran seguridad el poder obtener una constancia registral de todas aquellas personas de las que no se -- sabe de su paradero no obstante haber agotado todos los conductos legales para localizarlas sin éxito alguno. La importancia del mencionado registro estriba en que, así como es necesario tener un control de los nacim---ientos y defunciones, también lo es el que exista un verdadero control -- de los declarados ausentes y/o presuntos muertos.

Con la anterior exposición del Código Español, concluimos el -- primer capítulo del presente trabajo, relativo al tratamiento de la Ausencia en el Derecho Comparado, dejando señalados los antecedentes que respecto de esta institución se encuentran en las distintas legislaciones ex tranjeras.

CAPITULO II

LA AUSENCIA EN LA DOCTRINA

- 1.- Concepto
- 2.- Diferencias entre el ausente, el no presente y el desaparecido
- 3.- Naturaleza jurídica

CAPITULO II

LA AUSENCIA EN LA DOCTRINA

1.- Concepto

Respecto al concepto de Ausencia, daremos a continuación una breve exposición de algunas de las definiciones proporcionadas por los tratadistas consultados.

En opinión del maestro Rafael de Pina " La Ausencia, no está calificada por el simple hecho de no hallarse una persona en su domicilio; - sino que, a esta circunstancia, han de unirse las siguientes: que no haya dejado quien la represente, que se ignore su paradero y que la existencia o el fallecimiento del ausente sean inciertos ". (18)

Considera el tratadista Ricardo Couto, que la palabra Ausencia tiene dos significados: " según uno, se entiende por ausente a aquel individuo que no está en su domicilio pero del que se sabe el lugar en que se encuentra; tal es la acepción vulgar de la palabra; según otro; por ausente se entiende, aquel individuo que no se encuentra en su domicilio y cuya existencia se ha hecho incierta; por no tenerse noticias de él, ignorándose en absoluto el lugar de su residencia; tal es su acepción jurídica ". (19)

(18) PINA RAFAEL DE, Derecho Civil Mexicano, Editorial Porrúa, S. A. México, 1978, Vol. 1º, Novena edición, Pág. 217

(19) COUTO RICARDO, Derecho Civil Mexicano, Tomo III, de las Personas, México 1919, Pág. 204

Por su parte el Licenciado Ignacio Galindo Garfias, nos dice; - " Ausencia es el hecho de que una persona haya desaparecido de su domicilio sin que se tengan noticias suyas, sin dejar quien la represente, ignorándose su paradero y que no se tenga certeza sobre su existencia o fallecimiento ". (20)

" Ausencia es el hecho de hallarse una persona en paradero ignorado y de la cual se carece de toda noticia "; tal es el concepto proporcionado por los señores Licenciados José Gomis y Luis Muños. (21)

Otros autores entre ellos Estéban Calva y Francisco de P. Segura, consideran que " aquellos que habiendo desaparecido, se ignora el lugar en que se hallan y quien los represente; en concepto de la Ley, estos son los que verdaderamente se llaman ausentes e ignorados ". (22)

En atención a las definiciones proporcionadas por los distintos autores que han quedado señalados, y siguiendo un criterio ecléctico, trataremos de integrar la definición de Ausencia, en los siguientes términos que proponemos :

-
- (20) IGNACIO GALINDO GARFIAS. Derecho Civil, Parte General, Personas y Familia, Cuarta edición, México Porrúa, 1980, Pág. 358
- (21) GOMIS JOSE Y LUIS MUÑOS. Elementos de Derecho Civil Mexicano, Tomo I, México, Tall. Tip. de Excelsior, 1942-1944, Pág. 273
- (22) CALVA ESTEBAN Y FRANCISCO DE P. SEGURA. Instituciones de Derecho Civil, Tomo I, Personas, México, Imprenta de Díaz de León y White, 1874, Pág. 290

La Ausencia se caracteriza por la desaparición de una persona -- de su domicilio, de la que se carece de noticias y se ignora su residencia actual, lo que trae como consecuencia que se de una incertidumbre -- acerca de su existencia, además de que se encuentran en absoluto abandono sus asuntos patrimoniales y familiares.

De lo señalado hasta el momento, resulta válida la afirmación de que los elementos que componen a la institución de la Ausencia son los siguientes :

- 1.- Desaparición de una persona de su domicilio,
- 2.- Falta de noticias,
- 3.- Ignorándose su paradero o residencia,
- 4.- Sin dejar quien lo represente,
- 5.- Incertidumbre sobre su existencia .

Es importante señalar, que el elemento característico de la -- Ausencia es, pues, más bien que la falta de presencia, el "estado de incertidumbre " que el ignorado paradero crea acerca de la existencia o fallecimiento del ausente.

También es importante citar, que la palabra Ausente tiene diversas acepciones cuya confusión es preciso evitar.

Se llama Ausente en un sentido general, a aquella persona que se halla fuera de su domicilio o que no se encuentra en el lugar donde su

presencia es necesaria.

En el sentido jurídico, se llama Ausente, la persona que ha desaparecido de su domicilio, cuyo paradero se ignora y sobre la cual existe una incertidumbre respecto a su existencia.

De lo señalado en líneas precedentes, se desprende claramente, que el elemento que caracteriza a la Ausencia desde el punto de vista jurídico es el " estado de incertidumbre " .

El estado de incertidumbre a que antes nos referimos, que proviene de esa falta de noticias, debe prolongarse por un tiempo determinado, y además se requiere que la existencia de esa situación, haya sido confirmada por una resolución judicial .

Con lo anterior hemos establecido dos significaciones de la Ausencia; la que podríamos llamar vulgar, y la jurídica, caracterizándose esta última por la incertidumbre que se crea sobre la existencia del ausente .

Toda vez que ha quedado establecido el concepto jurídico de la ausencia, pasaremos a definir con precisión la diferencia entre, el ausente, el no presente y el desaparecido, debido a que son conceptos que con frecuencia se confunden.

2.- Diferencias entre el ausente, el no presente y el desaparecido

Las acepciones de que es susceptible la palabra " ausente ", como se ha mencionado en líneas precedentes, y la necesidad de fijar su sentido verdadero, dió lugar a que en la Doctrina se estableciera la distinción entre los individuos ausentes, no presentes y desaparecidos, por lo tanto, daremos la definición de cada uno de ellos.

No Presente : es la persona que se encuentra alejada de un lugar determinado, pero sobre cuya existencia no hay dudas serias.

La razón de que no se da la incertidumbre sobre su existencia puede derivar de varios acontecimientos, por ejemplo; porque se sabe con certeza donde se encuentra, porque se tengan noticias suyas, porque los motivos conocidos de su ausencia explican satisfactoriamente el por que de que no se encuentre en el lugar donde se le necesita.

Desaparecido : es aquél a quien se ha dejado de ver a partir de un accidente o de una catástrofe en las que existen probabilidades de que haya encontrado la muerte.

En atención a los conceptos señalados, daremos la siguiente -- conclusión :

El Ausente, se distingue del no presente, en que la existencia del primero es dudosa; y del desaparecido, en que la falta prolongada de noticias es la única razón de que se dude de esa existencia .

Con lo anterior, hemos dejado establecidas las diferencias --- existentes entre los conceptos mencionados, con el único objeto de evitar posibles confusiones que traerían consecuencias funestas, y de esta forma se ha dejado también señalado lo que debe entenderse por ausencia, que es la materia del presente trabajo; por lo tanto, pasaremos a analizar la naturaleza jurídica de la institución aludida.

3.- Naturaleza Jurídica

La naturaleza jurídica de la Ausencia, ha sido entendida de manera muy diferente por los tratadistas de Derecho Civil.

Existen al respecto principalmente, cuatro posiciones doctrinales, siendo estas las siguientes :

Primeramente, algunos sostienen que la Ausencia constituye un aspecto negativo de la relación de una persona con su domicilio; otros, estiman que la naturaleza jurídica de esta institución es la de un modo de extinción presuntiva de la personalidad humana; la de quienes la conciben como una causa modificativa de la capacidad de obrar, y la de quienes estiman que es la de una situación civil especial, que obliga al Estado a una tutela particular, para salvaguardar los bienes del ausente, y de quienes, a falta de él, tengan derecho sobre los mismos.

Las anteriores teorías consideran a la Ausencia desde distintos puntos de vista, pero no obstante, llegan a la misma conclusión al seña-

lar, que el interés que la regulación de la ausencia ha despertado siempre en la esfera de la legislación responde a una efectiva trascendencia de la situación de ausencia; porque, como se ha mencionado con anterioridad, ésta no sólo afecta al ausente en sus derechos y en su persona, sino que va más allá y afecta también a sus familiares y a todas aquellas personas que tengan con él cualquier relación jurídica.

Es importante señalar que la naturaleza jurídica de la ausencia y su organización desde el punto de vista jurídico, responde a una verdadera necesidad social; nada más exacto que esto, porque cuando un individuo se aleja de su domicilio, sin decir en donde se encuentra y transcurre un tiempo determinado, sin tenerse noticias suyas, nace la duda de si vive o ha muerto. No se puede afirmar lo primero, porque no es lógico pensar que si viviera, habría dejado pasar el tiempo sin atender a sus bienes; pero tampoco se puede afirmar lo segundo, porque no se tiene la certeza de la muerte; dada esta incertidumbre sobre la existencia del ausente, se considera que sus relaciones jurídicas no deben regirse por los principios que se aplican a los hombres cuya vida es un hecho real y positivo, ni por los que reconocen su razón de ser en la muerte comprobada del individuo, pues tales principios están basados en hechos ciertos, y como se ha mencionado, lo que caracteriza a la ausencia es precisamente la incertidumbre; de lo anterior se concluye que el ausente tiene un estado especial que no es, ni la vida, ni la muerte, razón por la que los legisladores consideran que ese estado especial debe ser regido por principios también especiales.

Por otro lado, señalaremos que el Legislador al organizar la re-

glamentación jurídica de la ausencia, lo hace en atención a tres géneros de intereses, que son :

Primero : El interés del ausente, cuyo patrimonio es preciso conservar, para que si regresa, disfrute de él;

Segundo : El interés de los terceros y principalmente de los herederos del ausente, en cuyo favor debe buscarse también la conservación de los bienes, ya que de resultar comprobada la muerte o de no volverse a presentar el ausente a su domicilio, ellos vendrán a ser los legítimos propietarios, y

Tercero : El interés de la sociedad, que exige que la riqueza no se pierda por falta de cuidado y que el curso normal de la transmisión de la propiedad no permanezca indefinidamente interrumpido.

Los dos primeros intereses, el del ausente y el de los terceros no dominan por igual, durante toda la ausencia; en el tiempo inmediato a la desaparición del ausente, no hay motivos poderosos para pensar que haya muerto; la probabilidad de que regrese es muy grande, siendo así, es natural que la ley no de importancia al interés de los terceros, dominando por el contrario, en todas sus disposiciones, el interés del ausente; pero cuando ha transcurrido un determinado plazo desde la fecha de la desaparición, la incertidumbre de que exista, aumenta, cabe la duda de si habrá muerto, pues, se hace difícil explicarse que, viviendo, no hubiera regresado a su domicilio para atender a sus -

bienes; y en estas circunstancias, la ley sin descuidar el interés del ausente, se preocupa del de los herederos, al que con el transcurso del tiempo, le va dando mayor importancia, hasta hacerlo prevalecer sobre el de aquél.

*

CAPITULO III

PERIODOS DEL ESTADO DE AUSENCIA

1.- Ausencia provisoria

- A) Requisitos
- B) Efectos

2.- Declaración de ausencia

- A) Requisitos
- B) Efectos
- C) Procedimiento
- D) Personas que pueden pedir la declaración de ausencia
- E) Toma de posesión provisional
- F) Cesación de los efectos de la ausencia

3.- Presunción de muerte

- A) Requisitos
- B). Efectos
- C) Toma de posesión definitiva
- D) Improcedencia de la declaración de muerte
- E) Revocación de la presunción de muerte
- F) Cesación de la ausencia
- G) Sucesos que ponen fin a la ausencia

CAPITULO III

PERIODOS DEL ESTADO DE AUSENCIA

1.- Ausencia Provisoria

Este primer periodo es llamado también por la doctrina "período de presunción de ausencia", nombre perfectamente empleado, pues en el tiempo inmediato a la desaparición del individuo, no hay razón para afirmar que su existencia sea positivamente incierta, que es lo que caracteriza propiamente a la ausencia; pero como se carecen de noticias de su persona, cabe presumir aquella incertidumbre, presunción que está dentro del orden natural de las cosas, pues no es lo común, que quien tiene su domicilio en cierta parte, deje transcurrir algún tiempo sin dar noticias del lugar en que se encuentra.

Sin embargo, el simple hecho de que un individuo haya dejado su domicilio, sin dar noticias de su paradero, no es lo que caracteriza la presunción de ausencia y amerita la aplicación de las medidas protectoras.

A) REQUISITOS

La Ausencia durante todos sus periodos, implica una incertidumbre sobre la vida del ausente; es, por lo mismo, necesario que la separación de la persona de su domicilio vaya acompañada de esta incertidumbre,

por lo que para que se considere que hay presunción de ausencia se requiere:

- a) Que la persona se haya alejado de su domicilio,
- b) Que se ignore el lugar en que se encuentre,
- c) Que haya incertidumbre sobre su existencia,
- d) Que el ausente no haya dejado persona que lo represente,
- e) Que medie instancia de parte o de oficio.

Una vez que se dieron estas hipótesis, es cuando los interesados pueden acudir ante el juez del último domicilio del ausente y solicitar la declaración de ausencia.

La intervención judicial en la administración de los bienes del ausente se justifica, en tanto que tal intervención es necesaria para la conservación de aquellos bienes, por estar abandonados; pero si el ausente ha dejado apoderado que cuide su patrimonio, no tiene razón de ser tal intervención, ya que la misma podría ser considerada en este caso, - como un ataque a la libertad y a los derechos del ausente. Por lo que al presentarse este último supuesto, no se podría acudir al juez sino hasta que haya transcurrido un tiempo de tres años contado a partir de su desaparición, es decir, se alarga el tiempo por un año más que da el legislador para el caso de que no haya dejado quien lo represente.

B) EFECTOS

En cuanto a los efectos, este primer período de la ausencia, -

se divide en dos épocas : la primera que tiene lugar desde que se dejan de tener noticias del ausente, y la segunda que comienza cuando ha transcurrido el plazo que el juez señaló a aquél para que se presente, el que no puede ser menor de tres meses, ni mayor de seis.

El artículo 649 de nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal señala que son tres los efectos que se producen en la primera época de la presunción de ausencia, y son :

Primero: Nombramiento de depositario de sus bienes.- En los primeros momentos que se siguen a la desaparición del individuo, no hay motivos suficientes para pensar que su alejamiento del lugar de su domicilio dependa de causas anormales, y en estas circunstancias, la ley procede con mucha cautela, procurando que la lesión de los derechos del ausente, que resultaría en el caso de que no se tratara de un verdadero ausente, sea lo menor posible.

A este efecto, ha parecido que el legislador ha encontrado poco conveniente nombrarle un representante al ausente, ya que éste podría contraer compromisos que obligaran al ausente, por lo tanto ha limitado su acción a poner los bienes bajo la guarda de un depositario, fijándole facultades muy limitadas, mismas que se encuentran señaladas en el artículo 652 del Código Civil y se reducen a conservar los bienes, cobrar rentas y réditos, así como hacer otros actos de carácter urgente.

Segundo: Aseguramiento de los bienes.- En la mayoría de los casos, podría resultar suficiente poner los bienes en depósito para su -

conservación; pero como pudiera suceder que, por circunstancias especiales, no fuera así, la ley autoriza al juez para que además de nombrar un depositario de aquellos bienes, dicte las providencias necesarias para su aseguramiento, lo que hará de acuerdo a su prudente arbitrio, en realidad se trata de medidas de mera conservación.

Tercero: Publicación de Edictos.- La publicación de edictos citando al ausente, es una de las providencias más importantes que hay que tomar durante la primera época del período de presunción de ausencia. Tal publicación tiene por objeto hacer más fuerte la presunción de ausencia y legitimar las disposiciones que se adopten con respecto del ausente, de cuya existencia se patentiza la incertidumbre, cuando emplazado por medio de la prensa para que se presente en el lugar de su domicilio, no lo hace.

Las publicaciones deben hacerse en los principales periódicos de su último domicilio, en ellas debe el juez, atendiendo a las circunstancias que hayan ocurrido a la desaparición, fijar al ausente un plazo para que se presente, el cual no puede bajar de tres meses, ni exceder de seis.

La importancia de estas publicaciones amerita que se haga no solamente en la República, sino también en el extranjero, para este efecto el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 650 ordena que se remita copia de ellas a los cónsules mexicanos para que les den publicidad.

Efectos respecto a la segunda época de la presunción de ausencia.

Una vez transcurrido el término del llamamiento, si el citado no comparece, como el simple depósito, por las pocas facultades que los depositarios tienen, podría ser perjudicial a los intereses del ausente y a los de los terceros que tienen relaciones con él, la ley entonces sustituye al depositario con un representante.

Por ahora, sólo dejaremos señalado lo anterior, puesto que la representación será objeto de un estudio más amplio posteriormente y dentro del capítulo V del presente trabajo, por lo tanto, y para concluir, es necesario señalar que la substitución del depositario por un representante es indispensable, porque aquél, no tiene la representación del ausente, y para el ejercicio activo y pasivo de los derechos de éste, es necesaria la representación.

Es importante citar, que los efectos señalados en líneas precedentes, la ley los regula, bajo el nombre de medidas provisionales en caso de ausencia, mismas que serán, en su oportunidad objeto de un análisis más completo.

2.- Declaración de Ausencia

La declaración de ausencia, constituye el segundo período de la ausencia misma. En él, se acentúan más las dudas que sobre la existencia de la persona que ha desaparecido de su domicilio, sin dar noticias de su paradero.

Mas adelante veremos, cómo en este segundo período, la ley ya no se ocupa solamente de los intereses del ausente, sino que también se preocupa de los de las personas que tienen derechos subordinados a su -- muerte, y que las medidas muy provisionales, adoptadas durante el primer período, son substituidas por otras, que proporcionan un sistema de administración más completo y mejor definido.

A) REQUISITOS

Se distinguen dos casos: primero, cuando el ausente al sepa-- rarse de su domicilio no dejó apoderado, y segundo, cuando sí ha dejado apoderado general que lo represente. (artículos 669 y 670 del Código Civil para el Distrito Federal)

Requisitos para el primer caso, es decir, cuando el ausente no dejó apoderado:

Se exige el transcurso de dos años contados desde el día en que haya sido nombrado el representante del ausente, para que se tenga ac-- ción de pedir la declaración de ausencia.

Requisitos para el segundo caso, es decir, cuando el ausente sí dejó apoderado general que lo represente:

Bajo esta circunstancia tal y como lo dijimos con anterioridad, se exige el transcurso de tres años, contados desde la desaparición del -

ausente, si en este período no se tuvieren ningunas noticias suyas, o des de la fecha en que se hayan tenido las últimas, para que se pueda solicitar la declaración de ausencia.

La razón de que se establezca esta dualidad de plazos consiste en que cuando el ausente dejó apoderado, dió a entender su intención de permanecer fuera por un determinado tiempo, por lo tanto, no surge tan pronto como en el otro caso, la incertidumbre de su existencia.

Es importante citar, que la ley señala otro requisito, además de los anteriores, el cual consiste, en que se pida la declaración de ausencia por las personas interesadas; más adelante veremos quiénes son las personas facultadas para pedir tal declaración.

B) EFECTOS

Durante el segundo período de la ausencia, la ley se preocupa de los intereses del ausente, y de los que tienen derechos subordinados a su muerte, otorgándoles a ambos igual protección.

Lo anterior resulta del silencio prolongado del ausente, que se da, no obstante el llamamiento judicial tantas veces repetido, lo que hace que predomine la presunción de muerte, pues no puede explicarse de otra manera la carencia absoluta de noticias.

En otras palabras, en este segundo período predomina sobre la -

presunción de la existencia del ausente, la de su muerte, sin que por ella se tenga tal hecho como una verdad, el efecto que produce la declaración judicial de ausencia con relación a los bienes del ausente es:

Que se abre provisionalmente la sucesión del ausente y que pueden ejercitar sus acciones todas aquellas personas que tienen sobre los bienes del ausente, derechos subordinados a su muerte.

Además de los anteriores efectos, se señalan otros en relación al caso de que el ausente fuera casado, tales son:

1°. La declaración de ausencia interrumpe la sociedad conyugal, a menos que las capitulaciones matrimoniales estipulen que continúe re.

Por tal motivo, una vez declarada la ausencia se procederá con citación a los herederos presuntivos, a hacer el inventario de los bienes y a separar los que deben corresponder al cónyuge presente, éste recibirá los que le correspondan, y en relación a los bienes del ausente se entregarán a sus herederos para que los reciban como poseedores provisionales.

La interrupción de la sociedad conyugal reconoce por causa la ausencia del esposo; de manera que si éste reaparece en su domicilio, o se tienen noticias ciertas suyas, deja de tener razón de ser aquella interrupción, y la comunidad de bienes debe restablecerse, tal como existía antes de la ausencia.

2°. La patria potestad ejercida por el ausente se suspende, - una vez que ha sido declarada en forma la ausencia.

Si la patria potestad no pasa a la madre, o bien, que no exista algún ascendiente que pueda ejercerla conforme a la ley, se le proveerá de tutor a los hijos.

C) PROCEDIMIENTO

Como hemos mencionado, una vez que ha sido declarada la ausencia, todas aquellas personas que tengan derechos subordinados a la muerte del ausente pueden ejercitarlos.

La demanda de declaración de ausencia es de competencia del Tribunal del último domicilio del desaparecido. El Ministerio Público deberá ser oído en todos los procedimientos que le conciernan al ausente, ya que por disposición de la ley, es el encargado de velar por sus intereses.

Si el juez encuentra fundada la demanda, la admitirá, y posteriormente declarará en forma la ausencia; esta declaración está sujeta a varios requisitos de forma que se encuentran señalados en el artículo 674 del Código Civil y son:

1.- Que la demanda en que se solicite la declaración de ausencia, deberá publicarse en los periódicos oficiales y en los principales

del último domicilio del ausente y deberá ser remitida a los cónsules mexicanos en el extranjero, para su publicación.

Estas publicaciones se harán durante tres meses con intervalos de quince días.

De lo anterior se desprende que las publicaciones constituyen - una garantía en favor del ausente, porque haciéndole conocer que ha sido solicitada su declaración de ausencia, es de esperarse que si vive, pondrá los medios para evitarla, y si no lo hace, su silencio vendrá a hacer más fuerte la incertidumbre que se tiene, respecto de su existencia.

2.- Además de lo anterior se señala, que la declaración de - ausencia, no podrá hacerse, sino después del transcurso de cuatro meses contados a partir de la última publicación, siempre y cuando no se hubiere tenido noticias del ausente, ni oposición de algún interesado. (artículo 675)

Como se ve, la declaración de ausencia está sujeta a la circunstancia de que no se tengan noticias del ausente, ni haya oposición de algún interesado, porque si sucede una u otra cosa, la duda sobre la existencia del ausente obviamente disminuye, resultando entonces necesario - realizar averiguaciones, que den alguna luz sobre dicha existencia, y - sobre todo, repetir las publicaciones que establece el artículo 674.

Las disposiciones señaladas deben cumplirse antes de que sea de

clarada la ausencia; pero además se señala que posteriormente, es decir una vez hecha la declaración de ausencia, el juez debe observar y cumplir otras disposiciones que se encuentran señaladas en el artículo 677 - del Código Civil, en los siguientes términos:

I.- Publicar la resolución pronunciada (de declaración de ausencia) en el periódico oficial y en los principales del último domicilio del ausente, remitiendo copia de ella a los cónsules mexicanos en el extranjero, para su publicidad y repetir ésto cada dos años, hasta que se declare la presunción de muerte.

II.- Remitir copia certificada de la resolución de declaración de ausencia, dentro del término de ocho días, al Juez del Registro Civil, mismo que al recibirla levantará el acta correspondiente en la que inscribirá la resolución judicial mencionada.

D) PERSONAS QUE PUEDEN PEDIR LA DECLARACION DE AUSENCIA

La declaración de ausencia, como mencionamos anteriormente, ya no tiene como objeto principal, proteger los intereses, sino permitir el ejercicio a las personas interesadas, de los derechos subordinados a su muerte. El artículo 673 del Código Civil vigente nos señala quienes son los titulares de esos derechos, o los que deben ser considerados como interesados, son los siguientes:

1. Los presuntos herederos legítimos del ausente;

2. Los herederos instituidos en testamento abierto;
3. Los que tengan algún derecho u obligación que dependa de la vida, muerte o presencia del ausente;
4. El Ministerio Público.

Respecto a los dos primeros, es decir, a los herederos del ausente, sean legítimos o testamentarios, tienen derecho a solicitar la declaración de ausencia, porque siendo resultado de tal declaración el que se les ponga en posesión provisional de los bienes del ausente, están interesados en que se haga aquella.

La declaración de ausencia también puede ser pedida por las personas señaladas con el número tres, en virtud del interés que tienen en que se defina su situación, a fin de poder ejercitar sus derechos. De acuerdo con lo anterior, tendrán acción para pedir la declaración de ausencia: los donatarios, legatarios, coasociados y usufructuarios del ausente, así como los que tengan la nuda propiedad de los bienes que aquél posea en usufructo.

Por último, se faculta al Ministerio Público para solicitar la declaración de ausencia; diversas opiniones surgen al respecto, mismas que coinciden en señalar que constituye algo contradictorio, debido a que la función del Ministerio Público es velar por los intereses de las personas que no puedan por sí mismas cuidarlos, y hacer todo aquello que beneficie a estos intereses, no resulta lógico darle facultad de solicitar aquella declaración, cuando, por el contrario, su papel en la mayor parte de los casos, será oponerse a que se haga.

Las anteriores opiniones, no son tomadas en cuenta por la ley, toda vez que la misma faculta expresamente al Ministerio Público para pedir al igual que cualquier heredero del ausente, la declaración de ausencia.

Es importante citar que la Legislación Mexicana, a diferencia de otras extranjeras, no le reconoce al cónyuge del ausente derecho de pedir la declaración de ausencia; en otras palabras, en nuestro derecho está excluido de tal facultad, salvo que sea heredero del ausente, en cuyo caso tendrá acción, no en su calidad de cónyuge, sino en su calidad de heredero.

Sin embargo, la suscrita considera que debería reformarse este artículo y concederle también facultad al cónyuge presente, para solicitar la declaración de ausencia ya que éste es el directamente interesado en que se resuelva sobre la incertidumbre de existencia de su cónyuge ausente.

E) TOMA DE POSESION PROVISIONAL

El efecto inmediato que produce la declaración de ausencia, es el de poner a los presuntos herederos del ausente en la posesión provisional de sus bienes; es decir, en otras palabras, que el ejercicio de los derechos sobre los bienes del ausente subordinados a la condición de su muerte da lugar a la posesión provisional de esos bienes, la que puede ser solicitada por los poseedores de esos derechos, esto es, por las

personas que tienen interés en la apertura de la sucesión del ausente.

Por lo tanto, pueden pedir la posesión provisional:

- 1°. Los herederos testamentarios y los legítimos del ausente al tiempo de su desaparición ó de aquel en que se hayan recibido sus últimas noticias;
- 2°. Los legatarios;
- 3°. Los donatarios;
- 4°. Todos los que tengan sobre los bienes del ausente derechos que dependan de la muerte o presencia de éste;
- 5°. A falta de los anteriores, el Ministerio Público por la Hacienda Pública.

Por lo que corresponde a los herederos, la ley dispone que se rán llamados los testamentarios, de preferencia a los legítimos, a la posesión de los bienes del ausente.

La explicación de lo anterior sería la siguiente : el legisla dor da la posesión provisional de los bienes a los herederos, en virtud del interés que supone que tienen en su conservación; ahora bien, sien do en el sistema de la libre testamentificación, los herederos testamen tarios, los designados para suceder al ausente, de preferencia a los legítimos, es lógico que aquellos y no éstos, sean los que estén más - interesados en la conservación del patrimonio.

Es importante mencionar, que la posesión provisional no opera

respecto de todos los bienes del ausente, sino tan sólo respecto de aquellos de que era propietario en la época de su desaparición, o en la época en que se recibieron sus últimas noticias, por lo tanto, los bienes adquiridos por el ausente en virtud de una herencia abierta, posteriormente a aquellas épocas, no son objeto de la posesión provisional; tales bienes están regidos por disposiciones especiales, mismas que serán estudiadas más adelante en el capítulo relativo a los derechos eventuales del ausente.

También es importante citar, que para considerar que están en poder del ausente en la época de su desaparición ó de sus últimas noticias, los bienes sobre los cuales los presuntos herederos tienen el derecho de posesión, no es necesario que aquél disfrute de la tenencia material de la cosa; es decir, por ejemplo, si el ausente tiene sobre los bienes un derecho de propiedad condicional y la condición se realiza después de aquellas épocas, los presuntos herederos podrán demandar la posesión provisional de dichos bienes. La razón consiste, en que la condición una vez verificada, se retrotrae a la época del contrato, de manera que el ausente es considerado propietario de la cosa desde esa época, en consecuencia ha transmitido a sus presuntos herederos el derecho de poseerla.

La declaración de ausencia produce efectos, no solamente respecto de los presuntos herederos del ausente, sus legatarios, donatarios y demás personas que tienen derechos subordinados a su muerte, sino también respecto de aquellas que tienen obligaciones con él, que deban cesar por la misma causa. Debido a que estas personas están interesadas en

que dichas obligaciones no se prolonguen indefinidamente, y existiendo, por virtud de la declaración de ausencia, la suposición de que el ausente ha muerto, la ley les permite hacer cesar provisionalmente el cumplimiento de aquéllas, otorgando la correspondiente garantía. Por otro lado, para que las personas que tienen derechos subordinados a la muerte del ausente, puedan ejercitarlos, reclamando la posesión provisional de los bienes, es preciso que garanticen su manejo.

La ley distingue dos casos para señalar en que debe consistir la garantía a que están obligados los poseedores provisionales:

1.- Tratándose de los presuntos herederos del ausente.- Dispone que la garantía que presten consista en fianza, que asegure las resultas de la administración; y

2.- Respecto de los legatarios, donatarios y demás personas que tienen derechos subordinados a su muerte u obligaciones cuyo cumplimiento debe cesar por la misma causa.- Ordena que la garantía que otorgan se rija por las reglas a que está sujeta la garantía de los tutores, la que debe consistir en hipoteca y sólo a falta de bienes hipotecables, en fianza.

Es de suma importancia mencionar, que en nuestro derecho, el otorgamiento de la citada garantía es condición indispensable para obtener la posesión provisional, ya que en cuanto no sea dada, continuará la administración de los bienes del ausente en poder del representante, - en otras palabras, no se pondrá al interesado en la posesión de los bienes.

No obstante lo anterior, se faculta al juez para que pueda disminuir el importe de la exigida garantía en atención a la condición económica que tengan las personas llamadas para la posesión provisional, tomando en cuenta la imposibilidad que tienen para dar la garantía, en virtud de que no sería justo que por esa razón no disfrutarán de los bienes que algún día, les deberán pertenecer, es decir, es potestativo para el juez hacer la disminución de garantía.

El principio según el cual, los poseedores que reciban la posesión provisional de los bienes del ausente deben otorgar garantía, no es absoluto, existen por disposición de la ley dos excepciones.

No están obligados a dar garantía :

- I.- El cónyuge, los descendientes y los ascendientes que como herederos entren en la posesión de los bienes del ausente, por la parte que en ellos les correspondía;
- II.- El ascendiente que en el ejercicio de la patria potestad administre bienes que como herederos del ausente correspondan a sus descendientes.

Si hubiere legatarios, el cónyuge, los descendientes y ascendientes darán la garantía legal por la parte que a éstos corresponda, si no hubiere división, ni administrador general.

Ahora bien, una vez señalado lo anterior, pasaremos a estudiar como se ejerce la posesión provisional sobre los bienes del ausente.

Al respecto, hay que distinguir dos casos:

Primeramente, cuando hay un solo presunto heredero, él recibirá la posesión de todos los bienes.

Pero si son varios los herederos, como todos son propietarios eventuales de los bienes, todos ellos tienen, por igual, derecho a la posesión provisional; al respecto habrá que analizar si los bienes son - comodamente divisibles, o no lo son. En el caso afirmativo y no habiendo perjuicio grave en que los bienes se dividan entre los diversos herederos, para efecto de que los administren, por separado, la ley autoriza esta división.

En la segunda hipótesis, es decir, cuando no es posible dividir el patrimonio del ausente, ya que de hacerlo se le causarían graves perjuicios a éste, la ley ordena que se nombre un administrador general por todos los herederos, pero en el caso de que no se pongan de acuerdo, lo nombrará el juez, escogiéndolo de entre los mismos herederos.

Pero además, puede suceder que una parte de los bienes admita cómoda división y otra no; respecto a los que si la admiten, se señala que serán divididos entre los herederos y que los que no sean divisibles, se pongan bajo el cuidado de un administrador general, como en este caso los herederos no administran los bienes, la ley les otorga el derecho de nombrar un interventor, cuyas facultades y obligaciones son iguales a - las que tienen los curadores.

Cada heredero que administra, tendrá la obligación de dar garantía, pero únicamente del bien que le ha correspondido; cuando se trate de administrador general, éste debe otorgar la garantía correspondiente a todos los bienes administrados.

Una vez establecido lo anterior, pasaremos a estudiar las relaciones que tienen entre sí los poseedores provisionales, la relación de éstos con el ausente y por último la que guardan con los terceros.

1.- Los poseedores provisionales, en sus relaciones entre sí se conducen al igual que si fueran co-herederos de una sucesión abierta.

2.- Respecto a la relación que tienen con el ausente, no son sino simples administradores, con la obligación de rendir cuentas de la administración al ausente, en el caso de que llegue a presentarse en su domicilio.

3.- En cuanto a las relaciones de esos mismos poseedores con los terceros, se les debe considerar como propietarios condicionales de los bienes que poseen, es decir, ejercen un derecho de propiedad sobre dichos bienes, resoluble por la aparición del ausente. De esto se desprende, que si el ausente llegara a presentarse en su domicilio o se tuvieren noticias ciertas de su existencia, se considerará que los poseedores provisionales de sus bienes nunca han ejercido el derecho de propiedad sobre ellos, y por lo contrario, si el ausente nunca más volviera a aparecer, se considerará que dichos poseedores, desde el día de la desaparición o últimas noticias, han sido propietarios de aquellos bienes.

F) CESACION DE LOS EFECTOS DE LA AUSENCIA

En otras palabras, cuando concluye la posesión provisional.

La declaración de ausencia, de la que es consecuencia esta posesión, reconoce su razón de ser en la incertidumbre que se tiene respecto a la existencia del ausente; cesando esta incertidumbre, debe cesar el estado de cosas creado por la declaración de ausencia, y en consecuencia, deben volver los bienes a poder del ausente, siempre y cuando éste se presente o se pruebe su existencia antes de que sea declarada la presunción de muerte, con deducción de todos los frutos industriales y la mitad de los frutos naturales y civiles que les corresponden al poseedor provisional, por la administración que ha desempeñado.

De lo anterior y para concluir el presente apartado, señalaremos que, los efectos de la ausencia cesan:

Cuando se presenta el ausente o se prueba su existencia, siempre y cuando sea antes de que se declare la presunción de muerte.

3.- Presunción de Muerte

Nos corresponde ahora entrar al estudio del tercer período de la ausencia, es decir; la Presunción de Muerte del Ausente, en éste la idea fundamental que domina es la suposición de que el ausente ha muerto y partiendo de esta suposición, todo es arreglado como si efectivamente

se tratara de una persona que ha dejado de vivir.

A) REQUISITOS

1º.- Que hayan transcurrido seis años desde la declaración de ausencia, sin que el ausente se haya presentado en su domicilio, ni se hayan tenido noticias de su persona.

No obstante lo anterior, la legislación mexicana, ha considerado que en algunos casos puede declararse la muerte de alguna persona -- desaparecida sin el transcurso de los anteriores plazos, cuando hay fundamento racional para poder creer y afirmar que la causa de la desaparición de una persona consiste en haber tomado parte en una guerra, encontrándose a bordo de un buque que naufrague, o el verificarse una inundación u otro siniestro semejante; en los casos mencionados bastará que ha ya transcurrido el término de dos años, contados desde su desaparición, para que pueda ser declarada la presunción de muerte y por disposición de la ley, no es necesario que se declare previamente la ausencia; sin embargo nuestro legislador va más allá, protegiendo como ya lo apuntamos -- anteriormente, los bienes del ausente y a las personas que se encuentran subordinadas a él, ya que cuando la desaparición del sujeto se origina -- por la realización de un incendio, explosión, terremoto o catástrofe -- aérea o ferroviaria, se reduce el plazo anterior y se autoriza la declaración de presunción de muerte después del transcurso de seis meses, contados a partir de ese acontecimiento.

2°.- Que se inste por parte interesada.- Se señala que por parte interesada generalmente debe entenderse, que tienen derecho a solicitar esta declaración las mismas personas a quienes la ley confiere la facultad de pedir la declaración de ausencia, es decir, será parte interesada, toda persona que tenga interés en dicha sucesión.

3°.- Que la presunción de muerte sea declarada por el juez, en otras palabras, la presunción de muerte no opera de pleno derecho, es preciso que una resolución judicial la declare.

B) EFECTOS

a) La declaración de presunción de muerte, da lugar a la apertura de la sucesión del ausente, de un modo que podría ser considerado como definitivo. (artículo 706 Código Civil para el Distrito Federal)

b) Si existiere algún testamento cerrado del ausente y no se hubiere publicado antes, se procederá a su apertura.

c) Los herederos y demás interesados, serán puestos en posesión definitiva de los bienes, sin dar garantía de ningún género.

d) Si estos herederos o interesados son las mismas personas que han tenido la posesión provisional, quedará cancelada la garantía que tenían otorgada.

e) Los poseedores provisionales deberán dar cuentas de su administración a los poseedores definitivos, salvo que sean los mismos.

f) La sentencia que declare la presunción de muerte de un ausente casado, pone término a la sociedad conyugal.

C) TOMA DE POSESION DEFINITIVA

El carácter que tienen durante el período de presunción de muerte los poseedores de los bienes del ausente, como ya mencionamos, se les otorga la posesión definitiva de los mismos, por lo tanto, se les considera como propietarios de ellos, respecto a sus relaciones con los terceros, pero no así con sus relaciones con el ausente, ya que en este caso se considera su derecho de propiedad revocable; en otras palabras, para los terceros el poseedor es el dueño de la cosa, los contratos que con ellos celebre, no son reclamables por nadie, ni por el mismo ausente; para el ausente es distinto si éste llega a aparecer, aquel derecho queda resuelto, pero sólo con respecto a los bienes que están en poder del poseedor en la fecha de la aparición; sobre los que hayan sido enajenados con anterioridad, no tendrá ningún derecho el ausente.

Efectos que produce la presunción de muerte en las relaciones que los poseedores de los bienes tienen entre sí, las que tienen con los terceros y las que tienen con el ausente:

1. En sus relaciones entre sí, los poseedores de los bienes

se conducen, como co-herederos de la sucesión del ausente; en consecuencia, tienen la facultad de dividirse los bienes, conforme a las reglas que rigen en materia de sucesiones.

En este apartado es importante mencionar, que si la división de los bienes verificada en el período de declaración de ausencia ha sido hecha con la intención de que subsista en el siguiente período, que es objeto de estudio en este momento, no podrá solicitarse una nueva división, convirtiéndose en definitiva la ya hecha; pero si los poseedores provisionales tuvieron la intención de hacer una división de carácter relativamente provisional, tal división no podrá impedir que en el período de presunción de muerte se proceda a hacer una división definitiva del patrimonio del ausente.

Al respecto, señalaremos en forma ejemplificativa de lo anterior, y con el único objeto de lograr una mayor comprensión, lo siguiente:

Puede haber sucedido que la división de los bienes hecha haya tenido, por único objeto, facilitar la administración, y que en esa virtud, algún heredero por ser más hábil que los demás, haya sido escogido por sus co-herederos para recibir, en posesión, bienes, cuyo valor exceda de la parte que le corresponda en la herencia; es evidente que, en tal caso, en que manifiestamente se ve que la intención de los presuntos herederos no fué la de hacer una división definitiva y por lo tanto en este caso, cualquier interesado podrá exigir una nueva división.

2. En sus relaciones con los terceros, los poseedores definitivos de los bienes, tienen el carácter de propietarios, siendo su derecho de propiedad definitivo. De lo anterior se desprende, que está en facultad de hipotecar y vender los bienes del ausente, y celebrar con -- respecto a ellos, cualquier acto de dominio.

3. Por lo que respecta a las relaciones de los poseedores de los bienes con el ausente, son considerados aquellos como propietarios -- revocables; ya que presentándose el ausente o sus herederos, dejan de -- ser propietarios para convertirse en administradores.

D) IMPROCEDENCIA DE LA DECLARACION DE MUERTE

Al respecto se señala, que la mencionada improcedencia puede -- acreditarse en cualquier momento, demostrándose la existencia de la persona de que se trate, para este efecto, cualquier tercero interesado -- puede probar la existencia del ausente o presunto muerto, y lo mismo el Ministerio Público, a quien de derecho corresponde la defensa del ausente.

La Legislación Mexicana, prevé el caso de que el ausente se -- presente o bien, que sin presentarse, se pruebe su existencia, y al -- efecto señala, que si lo primero sucediera, el ausente recobrará sus -- bienes en el estado que tentan. (artículo 707 Código Civil vigente)

Una vez que el ausente se presenta o se prueba su existencia, --

es de toda lógica que la declaración de presunción de muerte resulta improcedente y por lo tanto el juez una vez analizadas las circunstancias revocará la mencionada declaración.

E) REVOCACION DE LA PRESUNCION DE MUERTE

Como mencionamos en líneas precedentes, una vez que se declara la presunción de muerte, se les otorga a los poseedores la posesión definitiva de los bienes, considerándose que ya tienen el derecho de propiedad sobre los mismos; pero ese derecho de propiedad es en cuanto a las relaciones que éstos tengan con terceras personas, no así con las relaciones que guardan con el ausente ya que es considerado ese derecho de propiedad como revocable, debido a que si se llegara a presentar el ausente, se convertirían en simples administradores. En este apartado estamos tratando el caso de que el ausente se presenta o se prueba su existencia y que por lo tanto se de la consecuencia de que la declaración de muerte sea revocada lo cual produciría varios efectos, mismos que a continuación se señalan:

Primeramente, por disposición de la ley, el ausente recobrará sus bienes en el estado en que se hallen, de esto, se derivan las siguientes consecuencias:

1a.- Que el ausente, como ya se señaló, sólo tiene derecho a los bienes que, en la época de su presentación o de la prueba de su existencia, se encuentren en poder del poseedor;

2a.- Que recobra dichos bienes con las servidumbres e hipotecas que los gravan;

3a.- Que si los bienes han sufrido deterioros, no le asistirá al ausente ningún derecho para reclamar al poseedor. La razón de esto, se deriva de que los actos verificados con anterioridad a la presentación del ausente, por el poseedor se consideran, como hechos por el dueño de la cosa; en consecuencia, debe respetarlos el ausente;

4a.- Si el poseedor hubiere hecho algunas mejoras en la cosa poseída, que constituyan propiamente un aumento en ella, el ausente debe pagar el valor de las mejoras hechas, ya que no sería justo que éste se enriquezca a costa de aquél.

Por otro lado la ley señala, además de lo anterior, que el ausente recobraré el precio de los bienes enajenados o los que se hubieren adquirido con dicho precio; al respecto podrian presentarse cuatro casos, que son:

Primero: Que el poseedor no haya recibido el precio de la enajenación, en este caso, la acción para exigirlo pasa al ausente, quien llega a ser directamente acreedor del adquirente de la cosa enajenada, subrogándose en todos los derechos y obligaciones del poseedor; en esta virtud, si el poseedor tiene contra el adquirente una acción de nulidad o rescisión, podrá ejercitarla el ausente.

Segundo: Que el precio recibido haya sido empleado en la ad-

quisición de otros bienes, al respecto se señala, que el propietario de los bienes adquiridos con ese precio, será el ausente. En este punto es pertinente la siguiente aclaración; relativa a que el poseedor no tiene la alternativa de escoger entre la entrega del precio y la de los bienes adquiridos con él, la ley es terminante al respecto, señalando que su obligación es entregar los bienes adquiridos con dicho precio.

No obstante lo anterior, si el poseedor empleó en la adquisición de los bienes una cantidad mayor al precio que obtuvo en la enajenación de los que pertenecen al ausente, tendrá el derecho de exigir de éste el exceso que hubiere dado, e inversamente, si empleó una cantidad menor, deberá dar cuenta de la diferencia.

Tercero: Que se haya perdido el precio.- La legislación mexicana señala al respecto, que el ausente recobrará solamente lo que esté, en la época de su aparición, en poder del poseedor; y así como éste no tiene la obligación de entregar los bienes que ya no están en sus manos, tampoco tiene la obligación de devolver el precio, si se ha perdido. La anterior es una solución enteramente de acuerdo con la equidad pues entre el derecho del ausente, que reclama el precio perdido de una cosa que ha abandonado por tantos años, y el del poseedor, que no ha sacado ningún provecho de dicho precio, debe darse la preferencia a éste último.

Cuarto: Que la enajenación haya sido hecha a título gratuito, es decir, en caso de que el poseedor haya donado algún bien del ausente. Al respecto, la ley señala muy claramente que el poseedor no está obliga

do a restituir al ausente, mas que el precio de las cosas que ha enajenado, y que ha sido para él motivo de enriquecimiento; ahora bien, como - la donación no enriquece, en lo más mínimo, al poseedor, es obvio que no debe estar obligado a pagar indemnización alguna. La cuestión de saber cuando el poseedor ha sacado algún provecho de la donación que hubiere hecho, dependerá de las circunstancias que, en cada caso, concurran.

Todo lo anteriormente expuesto, sólo tendrá explicación si el poseedor actúa de buena fé, pero si por el contrario, estuviere demostrado que es de mala fé, lo que sucedería en el caso de que el poseedor tuviera conocimiento de que el ausente vive, será aquél responsable de los deterioros provenientes de su falta y de las enajenaciones que hubiere consentido.

El principio general, en cuanto a la restitución de los bienes a que está obligado el poseedor definitivo a la presentación del ausente es como ya mencionamos, que debe devolver todos los bienes que pertenecen a éste; pero este principio no recibe aplicación, en lo que concierne a las rentas y frutos producidos por los bienes, durante el período - de presunción de muerte; tales frutos y rentas pertenecen, en propiedad irrevocable, al poseedor.

Es conveniente hacer la aclaración, de que el derecho que la ley le concede al poseedor definitivo, para hacer suyos todos los frutos y rentas de los bienes, comprende, no sólo los producidos a partir de - la declaración de presunción de muerte, sino también los producidos en - el período anterior.

De lo anterior podemos concluir, que el derecho de propiedad - que tienen los poseedores definitivos sobre los bienes del ausente, es - un derecho revocable por la presentación de éste, no obstante, el derecho de propiedad que los mencionados poseedores tienen respecto de los - frutos y rentas producidos por esos bienes, es irrevocable.

F) CESACION DE LA AUSENCIA

El regreso del ausente y la noticia cierta de su existencia ha cen cesar, de pleno derecho, para el futuro, los efectos de la de claración de presunción de muerte, y la posesión definitiva, que es su con secuencia.

Para el caso de que el ausente regrese, como ya lo hemos men cionado, los poseedores están obligados a restituir al ausente sus bie nes, en los términos señalados por la ley.

Si el ausente no se presenta, pero sí se tienen noticias cier tas de su existencia, los poseedores definitivos dejan de serlo, para - convertirse en poseedores provisionales, quedando sus facultades redu cidas a las que tienen estos últimos poseedores.

Es importante señalar, que además de lo anterior, la certidum bre de la muerte del ausente pone fin, también a la posesión definitiva la explicación de esto, consiste en que la mencionada posesión está base da en la duda que hay sobre la existencia del ausente, y por lo tanto de

ja de tener razón de ser, cuando la muerte ha quedado debidamente comprobada. Por virtud de esta comprobación, se abre la sucesión del ausente de un modo definitivo, y son llamados a ella los herederos, que lo eran en la época de la muerte comprobada.

La ficción que ya mencionamos, según la cual se considera que el ausente murió en la época de su desaparición o de sus últimas noticias, deja de tener fundamento, supuesto que, estando basada en una incertidumbre, ya que ésta deja de existir, una vez comprobada la muerte.

Como consecuencia de lo anterior, los poseedores definitivos deben entregar los bienes que han poseído, a los herederos del ausente, que lo eran en la época de su muerte; se debe señalar que estos herederos no tienen más derechos, que los que tendría el ausente, si se presentara a recoger sus bienes; en consecuencia, la entrega que deben hacerle los poseedores definitivos estará regida por las disposiciones de la ley.

También es importante mencionar, que como los poseedores, en sus relaciones con el ausente, hacen suya la mitad de los frutos producidos durante la posesión provisional y todos los producidos durante la posesión definitiva, al restituir los bienes a los herederos del ausente, conservarán los frutos que, en uno y otro caso, les corresponden.

Para concluir señalaremos, que la última causa de cesación de la ausencia y que por consecuencia lógica hace terminar la posesión definitiva, es la sentencia pronunciada en el siguiente caso: Cuando se ha

conferido la posesión definitiva a las personas que gozan de ella, en virtud de que se les consideró que eran los presuntos herederos del ausente; pero si posteriormente se presentaren otros herederos, reclamando derechos preferentes, ya sea porque estaban instituidos en un testamento que no era conocido, ya sea por cualquier otro motivo, a ellos deberá conferirse la posesión definitiva, y así se declara por sentencia que cause ejecutoria, la entrega de los bienes según que la reclamaren durante el período de declaración de ausencia ó durante el de presunción de muerte.

Al respecto, se debe mencionar, que para que las personas señaladas en líneas precedentes, puedan ejercitar en contra de los nombrados poseedores provisionales o definitivos los derechos que les corresponden, no necesitan probar la muerte del ausente; les bastará con demostrar que son ellos los presuntos herederos de aquél, en la época de su desaparición, o de sus últimas noticias.

G) SUCEOS QUE PONEN FIN A LA AUSENCIA

En atención a lo anteriormente expuesto, podemos señalar que los sucesos que ponen fin a la ausencia son:

1°. El regreso del ausente.- Pues como ya vimos, el dominio concedido a los poseedores es resoluble para cuando llegue a presentarse este caso.

2°. La noticia cierta de su existencia.- La cual trae como -

consecuencia, que se destruya la presunción de muerte y por lo tanto hace acabar la posesión definitiva que fué efecto suyo y convierte a los poseedores definitivos en provisionales desde el día en que se tenga tal noticia.

3°. La certidumbre de su muerte.- Que otorga a los herederos derecho de propiedad sobre sus bienes, y por lo mismo desde ese momento, no pueden considerarse con sólo el carácter de poseedores.

4°. La sentencia ejecutoria que declare que los herederos que se presentaron después de otorgada la posesión definitiva, son preferentes en ella respecto de los que la recibieron al declararse la presunción de muerte; en otras palabras, la sentencia que causa ejecutoria, declarando preferente el derecho de otros herederos distintos de los poseedores.

Los cuatro sucesos mencionados, de llegar a presentarse, ponen fin a la ausencia, nada más exacto que esto, toda vez que como ha quedado asentado al principio de la presente exposición, lo que caracteriza a la ausencia es precisamente la incertidumbre sobre la vida o muerte de la persona considerada como ausente, por lo tanto, como toda presunción, cede a la verdad cuando llega a demostrarse la existencia o bien la muerte del ausente, resulta del todo acertado, que los efectos de la misma cesen.

Es importante destacar que la Legislación Civil Mexicana, al -

referirse a los cuatro casos señalados anteriormente, lo hace señalando, que los mismos, son los que hacen terminar la posesión definitiva, lo que resulta acertado, toda vez que si analizamos, que si uno de los efectos de la ausencia es la posesión provisional y definitiva, es lógico concluir que una y otra deben cesar de una manera absoluta, por innecesarias y onerosas para los intereses del ausente.

Con lo anterior, ha quedado señalado como termina la ausencia en la Legislación Mexicana; nos ocuparemos en el capítulo siguiente, de los efectos que la misma produce respecto de los derechos eventuales del ausente, por revestir éstos una gran importancia en la exposición del presente trabajo.

*

CAPITULO IV

EFECTOS RELATIVOS A LOS DERECHOS EVENTUALES DEL AUSENTE

- 1.- Clases de efectos producidos por la ausencia
- 2.- Concepto de derechos eventuales del ausente
- 3.- Efectos de la ausencia respecto de los derechos eventuales del ausente

CAPITULO IV

EFFECTOS RELATIVOS A LOS DERECHOS EVENTUALES DEL AUSENTE

1.- Clases de efectos producidos por la ausencia

Como se mencionó anteriormente, la ausencia está dividida en - varios períodos, mismos que han quedado desarrollados en su oportunidad, asimismo, fueron señalados también, los efectos jurídicos que la misma produce en cada uno de ellos, no obstante, es conveniente hacer al respecto la siguiente aclaración:

Lo expuesto en los apartados anteriores correspondiente a los - efectos producidos por la ausencia, es aplicable únicamente a todos aquellos bienes que poseía el ausente en el día de su desaparición o de sus - últimas noticias, por lo tanto, resulta de gran importancia analizar - qué es lo que sucede con todos aquellos derechos que puede adquirir el ausente, posteriormente a dicha época, mismos a los que la Legislación Civil Mexicana da el nombre de "Derechos Eventuales", de lo anterior se - desprende, que no pueden aplicárseles a los mencionados derechos, las reglas establecidas, y de ahí que les sean aplicados preceptos especiales, los que serán estudiados a continuación

En otras palabras, y con el objeto de lograr una mayor comprensión de lo mencionado en líneas precedentes, señalaremos que:

La Ausencia produce diferentes efectos según se trate de bie--

nes y derechos ya incorporados al patrimonio del ausente al tiempo de su desaparición o de sus últimas noticias, o bien si se llegara a tratar de todos aquellos derechos nacidos con posterioridad a los indicados hechos; en los apartados anteriores, nos hemos ocupado de señalar los primeros, por lo tanto, nos corresponde en el presente capítulo - adentrarnos al estudio de los segundos, lo cual haremos en la siguiente forma:

2.- Conceptos de derechos eventuales del ausente

Derechos Eventuales: Son todos aquellos derechos que puede adquirir el ausente, posteriormente a la época de su desaparición o de sus últimas noticias, mismos que están subordinados a la existencia de la persona llamada a ejercitarlos.

En otras palabras, la adquisición de estos derechos, por parte del ausente, depende de la condición de que viva, en el momento en que se originan a su favor.

Tales son, por ejemplo:

1°.- El derecho de sucesión; porque para heredar el preciso vivir en el momento en que se abre la sucesión legítima o testamentaria;

2°.- El derecho de adquirir un legado, para lo cual es pre

ciso sobrevivir al testador, siempre que se trata de un legado puro y simple, pues si se trata de uno condicional, es necesario que viva el legatario hasta el verificativo de la condición;

3°.- El derecho para recobrar un bien que ha donado con la estipulación de que volverá a ser de su propiedad, si le sobrevive al donatario, cuya muerte ha acaecido después de la desaparición o últimas noticias del ausente;

4°.- El derecho de percibir una renta vitalicia, cuyo pago exige necesariamente la existencia de la persona a favor de la cual se constituye.

3.- Efectos de la ausencia respecto de los derechos eventuales -- del ausente

Cuando se verifica algún acontecimiento que da origen a un de recho eventual que está subordinado necesariamente a la existencia del individuo a quien compete; surge una grave dificultad si éste está ausente, porque no puede probarse que vive, toda vez que la ausencia es tá caracterizada por la incertidumbre de la existencia.

Para hacer un estudio más completo de los efectos de la ausen cia respecto a los derechos que nos ocupan en este momento, trataremos de hacer un breve análisis de los artículos del vigente Código Civil pa ra el Distrito Federal, que el mismo contine en esta materia.

Es importante mencionar, que la ley ha ocurrido a esta dificultad declarando que, cualquiera que reclame un derecho referente a una persona cuya existencia no esté reconocida, deberá probar que esta persona vivía en el tiempo en que era necesaria su existencia para adquirir aquel derecho. (23)

Esta regla establecida por la ley, no es más que la aplicación de los principios generales que rigen respecto de la prueba en juicio, según los cuales el demandante, o más bien, el que afirma la existencia o la extinción de un derecho, está obligado a demostrar el hecho en que funda su pretensión, que en este caso, lo es la existencia del titular del derecho.

De lo anterior, resulta claramente, que los representantes del ausente no pueden reclamar los derechos que se originan en su favor después de su desaparición o últimas noticias, porque basada la ausencia en la incertidumbre sobre la existencia del ausente, esta incertidumbre hace imposible la prueba de que aquél vivía, cuando los derechos nacieron.

En atención a lo señalado en líneas precedentes, resulta que en los ejemplos que quedaron asentados en el apartado anterior, respecto a los derechos eventuales que corresponden al ausente, los representantes de éste, no podrán reclamar la herencia o legado, constituidos

a favor de su representado, en una sucesión abierta después de su desaparición; igualmente estarán imposibilitados para reclamar el bien donado por el ausente a una persona que ha muerto, cuando la donación se hizo bajo condición de que la cosa donada volvería al donante en caso de supervivencia, y finalmente no podrán reclamar las pensiones de una renta vitalicia constituida a favor del ausente, que venzan posteriormente a la época de su desaparición o últimas noticias.

Debemos señalar, que el principio sancionado por el citado artículo 715 del Código Civil, recibe aplicación en cualquiera de los periodos de la ausencia; lo que se desprende de los términos empleados por la ley, mismos que no dejan lugar a duda alguna, ya que se refiere a derechos correspondientes a una persona, "cuya existencia no esté reconocida"; ahora bien, como hemos visto, desde el primer periodo de la ausencia, la existencia del ausente es incierta, es decir, no está reconocida.

En otras palabras, al hablar el mencionado artículo de personas cuya existencia no está reconocida, se refiere a aquellas sobre las cuales haya duda fundada de que existan o no, o lo que es lo mismo, a aquellas que se encuentren en estado de ausencia, según la acepción jurídica de la palabra, cualquiera que sea, por otra parte, como antes dijimos, el periodo de la ausencia en que se hallen.

Es importante mencionar, que no bastará que un individuo se haya alejado de su domicilio para que se produzcan las consecuencias a que conduce la aplicación de los principios expuestos; sino que es ne-

cesario por disposición de la ley, que se trate del individuo declarado ausente, es decir, que " la existencia no reconocida ", a que nos hemos referido, es la de la persona que se encuentra en estado de ausencia.

Una vez señalado lo anterior, resulta de gran importancia el citar a quienes se les confiere en la Legislación Civil Mexicana, el ejercicio de los mencionados derechos, lo cual haremos de la siguiente forma:

De lo señalado hasta el momento, se desprende que, no pudiendo el ausente reclamar estos derechos porque su existencia es incierta, deberá corresponder tal ejercicio a las personas que habrían sido llamadas a él, si el ausente hubiese muerto. En otras palabras, la incertidumbre sobre la existencia del ausente se traduce, para estas personas en la muerte misma.

La ley mexicana, en lo que concierne a las sucesiones, hace una aplicación de este principio, lo que se desprende de la simple lectura del artículo 716 del Código Civil, mismo que a continuación se transcribe:

" art. 716.- Si se difiere una herencia a la que sea llamado un individuo declarado ausente o respecto del cual se haya hecho la declaración de presunción de muerte, entrarán sólo en ella los que debían ser coherederos de aquél o suceder por su falta; pero deberán hacer inventario en forma de los bienes que reciban ".

Del contenido de este artículo, se infiere que los derechos que deberían corresponder al ausente se transmiten a sus coherederos, - en virtud del derecho de acrecer, o a sus hijos y descendientes, en - virtud del derecho de representación.

De esta manera resultará, que si a la sucesión del padre con curren dos hermanos, de los que uno de ellos está ausente, la parte - de éste acrecerá al otro hermano; pero si el ausente tuviere hijos o - descendientes, recogerán como representantes de su padre, la parte - que a éste le corresponda en la sucesión. Lo mismo sucedería en el ca so de que muera un individuo, dejando dos hermanos por herederos; si - uno de ellos está ausente, su porción hereditaria acrecerá el patrimo- nio del otro; pero si tiene hijos, éstos, en representación suya, ad quirirán dicha porción.

En relación con lo antes expuesto, citaremos con que carác- ter reciben los bienes del ausente sus coherederos o las personas que - suceden por su falta; al respecto el artículo 717 del ordenamiento ju- rídico en cuestión, señala lo siguiente:

" art. 717.- En este caso, los coherederos o suce- sores se consideran como poseedores provisionales o definitivos de los bienes que por la herencia debían corresponder al ausente, según la época en que la herencia se difiera " .

Del contenido de este artículo se desprende, que las perso- nas que recogen los derechos eventuales del ausente no tendrán la libre disposición de ellos, sino que estarán sujetas a restricciones, más o

menos graves, según que aquél se encuentre en el tercero o en el segundo período de la ausencia, y que deberán caucionar su manejo, si la herencia es diferida durante el segundo período.

De lo anterior se desprende, que en el sistema legal mexicano; los coherederos y las personas que, a falta del ausente, suceden en la herencia, son considerados como propietarios de los bienes que reciben, siendo revocable su derecho en el caso en que el ausente se presente en su domicilio o en el de que se pruebe que existía en la época en que se abrió la sucesión.

En otras palabras, el ausente, tiene un derecho eventual sobre los bienes conferidos a los coherederos y sucesores, mismo que es objeto de protección por parte de la ley.

Atento lo anterior, es incuestionable que el sistema mexicano, busca la protección de los derechos del ausente, aunque tengan el carácter de eventuales.

La propiedad que se confiere respecto de los derechos eventuales del ausente es revocable, según antes lo hemos dicho; tal revocabilidad se funda en los mismos motivos por los que se confiere la propiedad; lo anterior, podría ser explicado de la siguiente forma; el ausente es excluido de sus derechos, y en virtud de esa exclusión, son llamados a ellos los que deberían heredarlo, por su falta, porque no se puede probar que aquél vivía en la época en que los derechos se originaron, y la falta de esta prueba hace presumir la muerte; pero si -

aquella prueba es rendida, la exclusión del ausente de sus derechos de ja de tener razón de ser, y en consecuencia, debe admitirse en la sucesión de que fué excluido.

Estos principios están consagrados en el artículo 718, que a la letra dice:

" art. 718.- Lo dispuesto en los dos artículos anteriores, debe entenderse sin perjuicio de las acciones de petición de herencia y de otros derechos - que podrán ejercitar el ausente, sus representantes, acreedores o legatarios, y que no se extinguirán si no por el transcurso del tiempo fijado para la prescripción ".

La disposición del numeral antes transcrito, es aplicable a todos los derechos eventuales del ausente, ya se trate de una sucesión, un legado, una renta vitalicia, una donación con cláusula de revocación por supervivencia del donante, etc. A todos estos derechos se refiere el mencionado artículo en la expresión que emplea "... sin perjuicio de las acciones de petición de herencia y de otros derechos...." .

Como hemos visto, la parte final del artículo en cuestión, señala que la acción de petición de herencia y de los demás derechos que competen al ausente, sus representantes, acreedores o legatarios, no se extingue más que por la prescripción, con ésto se denota claramente la consagración de un principio de derecho común, en virtud del cual , el ejercicio de las acciones que tiene el que reclama algo que le perte

nece, está sujeto a la prescripción. La ley no fija el término de ésta, porque depende de la naturaleza del derecho que sea objeto de la acción.

En atención a lo anterior, es válida la afirmación de que la regla contenida en el numeral que nos ocupa, es justa, pues la sociedad tiene interés en que la propiedad de los bienes no permanezca incierta por mucho tiempo, y por este motivo, se ha establecido la prescripción.

Como ya mencionamos anteriormente, los coherederos y sucesores por falta del ausente, de los bienes que deberían corresponder a éste, si viviera, son considerados como poseedores provisionales o definitivos de esos bienes y por lo tanto, la ley ordena que éstos hagan suyos todos los frutos producidos por los bienes, siempre y cuando hayan sido percibidos de buena fé. Este principio se encuentra consagrado por el artículo 719 del Código Civil en cuestión.

Es importante señalar la validez de las enajenaciones hechas por los coherederos o sucesores en su carácter de poseedores provisionales o definitivos atendiendo a la época de la ausencia en que se difiere la herencia, para de esta manera, poder señalar el derecho que le asiste al ausente en caso de que regrese y respecto de los bienes enajenados.

En el primer caso, los coherederos o sucesores, como los individuos que reciben la posesión provisional de los bienes del ausente,

entran en la herencia, no como propietarios de los bienes que la forman sino como administradores de ellos con obligación de restituirlos - si aquí se presenta, pero haciendo suyos los frutos que hubieren percibido de buena fé.

De lo anterior se infiere, que sólo pueden ejecutar válidamente respecto de la herencia actos de mera administración, y que -- aquellos que ejecutaron fuera de los límites de sus facultades son nulos respecto del ausente. Pero si éste no regresa ni se tienen noticias suyas, tales actos son válidos para las personas que los celebran .

En el segundo caso los coherederos o sucesores del ausente adquieren, como los individuos que adquieren la posesión definitiva, la facultad de disponer libremente de los bienes que forman la herencia . De manera que pueden enajenar los inmuebles, hipotecarlos e imponerles servidumbres, sin ninguna limitación o reserva, sin que el ausente, - si regresa, pueda vindicarlos de terceras personas, pues está obligado a respetar los actos de enajenación ejecutados por aquéllos.

Para concluir la exposición del presente capítulo, nos bastará con decir, que el sistema adoptado por el Código Civil Mexicano en materia de derechos eventuales del ausente, es por demás justo y sencillo, alejándonos de toda clase de confusiones, haciendo perfectamente - fácil la solución de cualquier cuestión que se suscite sobre las facultades de los coherederos y sucesores del ausente, sobre la validez de - sus actos y sobre los derechos de éste, para el caso de que regrese.

CAPITULO V

REGULACION DE LA AUSENCIA POR EL SISTEMA LEGAL MEXICANO

- 1.- Análisis del Código Civil para el Distrito Federal

- 2.- Propositiones relativas a la modificación de los preceptos que regulan a la ausencia

CAPITULO V

REGULACION DE LA AUSENCIA POR EL SISTEMA LEGAL MEXICANO

Nos corresponde en este capítulo, hacer el estudio del sistema legal mexicano en materia civil respecto de la ausencia, como mencionamos anteriormente, la regulación de esta institución responde a una verdadera necesidad social.

Dentro de la Legislación Mexicana se observa que desde nuestro Código Civil de 1884 se reglamentaba a la ausencia, en este ordenamiento, se daba un término de veinte años para poder establecer la presunción de muerte, por su parte la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917 estableció un término de diez años, mientras que nuestro Código Civil vigente de 1928 ha acortado en forma considerable los plazos establecidos, como lo veremos en la exposición del presente capítulo.

El Código Civil vigente distingue tres periodos en la Ausencia:

- 1°. Las medidas Provisionales en caso de Ausencia
- 2°. De la Declaración de Ausencia
- 3°. De la Presunción de Muerte del Ausente

Cada uno de estos periodos produce efectos diferentes, aunque concatenados, sobre el patrimonio y las relaciones familiares y sucesorias del ausente.

En los apartados siguientes expondremos sistemáticamente los artículos del Código Civil Mexicano que se refieren a la regulación de la ausencia, lo que haremos de la siguiente forma:

1.- Análisis del Código Civil para el Distrito Federal

La regulación de la Ausencia en nuestro código civil la encontramos en el Título Undécimo, que trata " De los ausentes e ignorados ".

Ahora bien, nuestra ley habla, como hemos visto, del término " ausentes e ignorados ", encontramos que la noción de ausencia por sí misma, sólo implica el no estar en el domicilio, pero tener más o menos conocimiento de la existencia de la persona que se busca; en cambio, al agregársele la noción de ignorado, tendríamos que, además de no encontrarse en el domicilio, implica el desconocimiento absoluto - del paradero de la persona misma.

De lo señalado en líneas precedentes, y desprendiéndose por supuesto de una modesta apreciación crítica, resulta válida la afirmación de que el término de nuestro código " De ausentes e ignorados " - está perfectamente empleado para la materia que nos ocupa.

En atención a lo anterior, pasaremos a hacer el análisis de los numerales contenidos en el Capítulo I del mencionado, como complemento al estudio que sobre dichos preceptos legales hicimos en el

capítulo III de la presente tesis.

CAPITULO I

" De Las Medidas Provisionales en caso de Ausencia "

En este capítulo estudia el código la situación del ausente - durante el primer período de la ausencia, al que la doctrina da el nombre de período de Presunción de Ausencia.

La primera parte del artículo 649 del Código Civil para el -- Distrito Federal, parece indicar lo que ha quedado señalado al conce- ptuar la ausencia, pues dicho precepto nos dice:

" art. 649.- Cuando una persona haya desaparecido y se ignore el lugar donde se halle y quien la re- presente..... "

En el numeral transcrito, se emplea el término desaparecido, lo que muestra claramente la idea del legislador a este respecto, reve- lando que no se trata de un alejamiento normal, sino de un hecho que - no está en el orden natural de las cosas; es decir, no es natural que una persona abandone su domicilio súbitamente, su familia y sus bienes, sin dar noticias de ningún género, lo que trae como consecuencia que - se originen dudas sobre su vida y que se den las medidas protectoras de la ley. A esto habría que agregarle una condición más, que se deriva de la naturaleza de la ausencia, misma que se señala en el citado pre-

cepto 649, y es que el ausente no haya dejado persona que lo represente. La administración de los bienes del ausente se justifica, en tanto que la misma es necesaria para la conservación de aquellos bienes, - por estar abandonados, es por lo que si el ausente dejó apoderado, se le tiene como presente por disposición de la ley.

Lo anterior se desprende de lo señalado en el artículo 648, - mismo que a continuación se transcribe:

" art. 648.- El que se hubiere ausentado del lugar de su residencia ordinaria y tuviere apoderado constituido antes o después de su partida, se tendrá como presente para todos los efectos civiles, y sus negocios se podrán tratar con el apoderado hasta -- donde alcance el poder ".

Una vez establecido lo anterior, pasaremos a analizar la segunda parte del artículo 649, que señala lo siguiente:

"... el juez, a petición de parte o de oficio, nombrará un depositario de sus bienes, lo citará por edictos publicados en los principales periódicos de su último domicilio, señalándole para que se presente un término que no bajará de tres meses, ni pasará de seis, y dictará las providencias necesarias para asegurar los bienes " .

El numeral antes transcrito, se encuentra íntimamente relacionado con el artículo 654, como más adelante veremos; por ahora sólo nos concretamos al decir que de la lectura de ambos, se desprende ,

que nuestro código divide el primer período de la ausencia en dos épocas, que son:

Primera: Que tiene lugar desde que se dejan de tener noticias del ausente; al respecto las medidas que la ley toma en esta primera época se reducen a velar por la conservación de los bienes; y

Segunda: Que comienza cuando ha transcurrido el plazo que - el juez señaló a aquél para que se presente, el que no puede ser menor de tres meses, ni mayor de seis, en esta segunda época tiene lugar el nombramiento de representante.

En atención a lo anterior, diremos que, son tres las medidas que según este artículo deben tomarse al desaparecer una persona: - nombramiento de depositario, aseguramiento de sus bienes y publicación de edictos, anteriormente realizamos el estudio de cada uno de ellos, por ahora sólo comentaremos que el numeral en cuestión, no dice en que forma deben hacerse las publicaciones, por lo tanto, es aplicable al caso el precepto 667 al señalar que los edictos se publicarán por dos - meses, con intervalos de quince días, en los principales periódicos - del último domicilio del ausente, y se remitirán a los cónsules, como previene el artículo 650.- " Al publicarse los edictos remitirá copia a los cónsules mexicanos de aquellos lugares del extranjero en que se - pueda presumir que se encuentra el ausente o que se tengan noticias de él " .

Es de suma importancia citar, que el plazo de tres meses que

como mínimo señala el juez al ausente para que se presente en su domicilio, debe contarse desde la fecha de la publicación del último edicto, en otras palabras, la primera época del período de presunción de ausencia dura dos meses durante los cuales se hace la publicación de los edictos, más el plazo que el juez señala para que el citado por ellos comparezca, como hemos mencionado puede ser de tres a seis meses.

Con relación a los bienes del ausente, durante esta primera época de la ausencia, lo único que se autoriza es ponerlos bajo la guarda de un depositario; pero una vez transcurrido el término del llamamiento, si el citado no comparece, como el simple depósito, por las pocas facultades que los depositarios tienen, podría ser perjudicial a los intereses del ausente y a los de los terceros que tienen relaciones con él, la ley substituye al depositario con un representante.

Resulta claro que la substitución mencionada, es indispensable, porque el depositario no tiene la representación del ausente, y para el ejercicio activo y pasivo de los derechos de éste, es necesaria tal representación.

Todo lo mencionado, no es más que la aplicación más exacta del artículo 654, que señala:

" art. 654.- Si cumplido el término del llamamiento, el citado no comparece por sí ni por apoderado legítimo, ni por medio de tutor o de pariente que pueda representarlo, se procederá al nombramiento de representante " .

Cabe señalar que, para que la comparecencia del ausente por medio de apoderado pueda impedir el nombramiento de representante, es preciso que el mencionado poder sea bastante, pues si no lo es, las condiciones del ausente, al menos para los actos que no comprende el poder, quedan iguales a aquellas en que estaban antes de haberlo otorgado, y por lo mismo, subsiste la necesidad de nombrarle representante; lo mismo sucedería, cuando el poder conferido caduque, pues quedando el ausente, por consecuencia de la caducidad, sin persona que cuide de sus bienes, es preciso que la ley ocurra en su ayuda, los principios mencionados se encuentran sancionados en el artículo 655. Si existe un apoderado para el ejercicio de ciertos actos, las facultades del representante deben limitarse a aquellos actos para los que no fué conferido el poder.

Ya hemos visto que el juez es el que debe nombrar depositario de los bienes del ausente, pasaremos ahora a analizar, quienes tienen el derecho de pedir el nombramiento de depositario o de su representante en su caso; esto lo encontramos en el artículo 656, que señala lo siguiente:

" art. 656.- Tienen acción para pedir el nombramiento de depositario o de representante, el Ministerio Público, o cualquiera a quien interese tratar o litigar con el ausente o defender los intereses de éste " .

Como consecuencia del artículo señalado anteriormente se produce que no cualquiera puede pedir el nombramiento de representante, es

necesario que la persona que haga la solicitud tenga algún interés en hacerla, y que justifique tal interés; por su parte, se le concede expresamente al Ministerio Público esa facultad, la razón es obvia, toda vez que entre sus funciones, se encuentra la de representar a las personas que no pueden hacerlo por sí mismas.

Cabe señalar que el nombramiento del representante no puede hacerse de oficio, lo que resulta del texto mismo del numeral en cuestión, en atención a que el Legislador es terminante al señalar quienes pueden hacerlo y por lo tanto, no ha querido que se obre de oficio.

Ahora bien, los artículos 653 y 657, nos dicen que el Juez - deberá nombrar depositario o representante en su caso, y en el siguiente orden:

" art. 653.- Se nombrará depositario:

- I.- Al cónyuge del ausente;
- II.- A uno de los hijos mayores de edad que resida en el lugar. Si hubiere varios, el Juez elijirá al más apto;
- III.- Al ascendiente más próximo en grado al ausente;
- IV.- A falta de los anteriores o cuando sea inconveniente que éstos por su notoria mala conducta o por su ineptitud, sean nombrados depositarios, el Juez nombrará al heredero presuntivo y si hubiere varios se observará lo que dispone el artículo 659 ".

Si el cónyuge ausente fuere casado en segundas o ulteriores

nupcias, y hubiere hijos del matrimonio o matrimonios anteriores, el Juez dispondrá que el cónyuge presente, los hijos del matrimonio o matrimonios anteriores, o sus legítimos representantes en su caso, nombren libremente, de entre las personas designadas por el artículo anterior, (artículo 658) .

A falta del cónyuge, de descendientes y de ascendientes, será representante el heredero presuntivo. Si hubiere varios con igual derecho, ellos mismos elegirán el que debe representarlo. Si no se ponen de acuerdo en la elección, la hará el Juez, presidiendo al que tenga más interés en la conservación de los bienes del ausente, (artículo 659).

En cuanto a las facultades que tiene el representante nombrado al ausente, el Artículo 660 señala que:

" art. 660.- El representante del ausente es el legítimo administrador de los bienes de éste y tiene - respecto de ellos, las mismas obligaciones, facultades y restricciones que los tutores. No entrará a la administración de los bienes sin que previamente forme inventario y avalúo de ellos, y si dentro del término de un mes no presenta la caución correspondiente, se nombrará otro representante ".

De los términos del artículo transcrito se desprende, que el Legislador Mexicano al establecer las facultades del representante, lo hace basándose en la analogía que existe entre el estado del ausente y el de los incapaces.

El espíritu del Legislador en cuanto a la analogía señalada, se desprende también del texto de los siguientes artículos:

" art. 661.- El representante del ausente disfrutará la misma retribución que a los tutores señalan los artículos 585, 586 y 587 ".

" art. 662.- No pueden ser representantes de un ausente, los que no pueden ser tutores ".

"art. 663.- Pueden excusarse, los que pueden hacer lo de la tutela ".

" art. 664.- Será removido del cargo de representante, el que deba serlo del de tutor".

Es importante señalar, que además de lo anterior, el representante del ausente tiene una especial obligación, la que consiste en promover anualmente la publicación de edictos citando a su representando, en caso de que no se cumpla lo anterior, será el representante el responsable de los daños y perjuicios que se sigan al ausente, y es causa legítima de remoción, artículo 668.

Cada año, en el día que corresponda a aquel en que hubiere sido nombrado el representante, se publicarán nuevos edictos llamando al ausente. En ellos constarán el nombre y domicilio del representante, y el tiempo que falte para que se pueda solicitar la declaración de ausencia, (artículo 666).

De lo anterior, resulta que el objetivo que se persigue con la publicación de los edictos es, fortalecer cada día más la idea so-

bre la incertidumbre de la existencia del ausente y de esta manera se -
justifica la intervención de la Ley en la administración de sus bienes.

Para finalizar el análisis de los artículos que regulan el -
primer período de la ausencia, sólo diremos los casos por los que ter-
mina el cargo de representante, mismos que se encuentran señalados en
el siguiente artículo:

" art. 665.- El cargo de representante acaba:

- I.- Con el regreso del ausente;
- II.- Con la presentación del apoderado legítimo;
- III.- Con la muerte del ausente;
- IV.- Con la posesión provisional "

A continuación explicaremos cada uno de los casos señalados -
en el artículo transcrito anteriormente.

El regreso del ausente.- Pone fin a la intervención de sus
bienes, porque deja de tener razón de ser tal intervención, toda vez
que ésta no obedece a otra causa, que al abandono en que, por la des-
aparición de la persona, han quedado aquellos bienes; de lo anterior
se desprende que, cesando la causa, debe cesar el efecto.

Con la presentación del apoderado legítimo.- Desde el momen-
to en que éste ocurre a la protección de los intereses del ausente, no
se justifica el motivo de que la Ley siga protegiéndolos; pero para

que ésto cese la intervención legal, es preciso que el poder no sea in suficiente, pues anteriormente hemos visto lo que pasaría en este caso.

La muerte del ausente.- Siempre y cuando sea debidamente -- comprobada, pone fin también al cargo de representante, porque en vir tud de ella los bienes pasar a ser de la propiedad de los herederos, de jando por lo mismo, de estar abandonados.

Finalmente, produce el mismo efecto la posesión provisional de los bienes, porque con ella comienza prácticamente el segundo perío do de la ausencia, mismo que será estudiado a continuación.

" Segundo Período : De la Declaración de Ausencia "

La declaración de ausencia constituye el segundo período, y - es el resultado de una declaración judicial hecha mediante ciertos re- quisitos y garantías que se contienen en el Capítulo II del Título Undé cimo, cuyo estudio haremos a continuación.

Como mencionamos, se exige el cumplimiento de ciertos requisi tos, de éstos, el más importante sería el transcurso de cierto tiempo desde la fecha de la desaparición del ausente.

Al respecto nuestro Código ha fijado el plazo para la declara ción de ausencia en dos o tres años, según que el ausente, al separar se de su domicilio, nó dejó apoderado que lo representara, o que sí -

lo dejó.

" art. 669.- Pasados dos años desde el día en que haya sido nombrado el representante, habrá acción para pedir la declaración de ausencia ".

" art. 670.- En caso de que el ausente haya dejado o -- nombrado apoderado general para la administración de -- sus bienes, no podrá pedirse la declaración de ausencia sino pasados tres años, que se contarán desde la -- desaparición del ausente, si en este período no se tuvieron ningunas noticias suyas, o desde la fecha en -- que se hayan tenido las últimas ".

El contenido de los numerales en cuestión no es mas que la -- aplicación más lógica de la Ley, ya que no se podría tratar igualmente a aquel que ha formalmente atendido a la administración de sus negocios y a aquel que los ha dejado abandonados.

Como hemos visto, el artículo 670 señala, que es necesario que el apoderado del ausente sea general, es decir, en caso de tratar se de un poder especial no tendría aplicación el numeral señalado, tam bién es importante citar que aunque el poder haya sido conferido por -- más de tres años no será motivo para impedir la declaración de ausencia, pues la existencia de un poder de esta naturaleza la destruye la incertidumbre que hay sobre la vida del ausente, este principio se encuentra consagrado en el artículo 671 estableciendo que: " Lo dispuesto en el artículo anterior (la declaración de ausencia después de tres años de la desaparición del ausente, cuando ha dejado apoderado) se observará aún cuando el poder haya sido conferido por más de tres años ". No

obstante ésto, la suscrita considera que debe reformarse este último precepto, pues contraviene la voluntad del presunto ausente, ya que si otorgó representación por un término amplio, lo hizo pensando que tenía la intención de ausentarse de sus bienes y derechos, por lo que, para no dejarlos en abandono nombró representante.

En cuanto a las personas que tienen derecho a pedir la declaración de ausencia, nos las señala el artículo 673, mismo que ya ha sido estudiado con amplitud en el capítulo III, por lo que sería ocioso analizarlo y únicamente por sistema lo transcribimos:

- " art. 673.- Pueden pedir la declaración de ausencia:
- I.- Los presuntos herederos legítimos del ausente;
 - II.- Los herederos instituidos en testamento abierto;
 - III.- Los que tengan algún derecho u obligación que dependa de la vida, muerte o presencia del ausente
y
 - IV.- El Ministerio Público.

" De los Efectos de la Declaración de Ausencia "

Se localizan en el Capítulo III del título a estudio, se producen cuando ha transcurrido el tiempo sin tenerse noticias del ausente, cuando han sido inútiles todos los medios puestos en práctica para desvanecer las dudas que hay sobre su existencia, cuando, en fin, se ha declarado en forma la ausencia, la presunción de que el ausente ha muerto se contrapone a la presunción de que vive, y de esta contraposi

ción nace un nuevo estado de cosas, en el que los intereses del ausente, ya no son de un modo exclusivo el punto de mira de la ley, sino - que son puestos en armonía con los intereses de las personas que tienen derechos subordinados a su muerte.

El efecto inmediato que la declaración de ausencia produce -- consiste en, poner a los presuntos herederos del ausente en la posesión provisional de los bienes.

" art. 681.- Los herederos testamentarios, y en su defecto, los que fueren legítimos al tiempo de la desaparición de un ausente, o al tiempo en que se hayan recibido las últimas noticias, si tienen capacidad legal para administrar, serán puestos en la posesión provisional de los bienes, dando fianza que asegure las resultas de la administración . Si estuvieren bajo la patria potestad o tutela se procederá conforme a derecho ".

La razón de que el Legislador otorgue la posesión provisional a los herederos del ausente, es el resultado del interés que tienen éstos en la conservación de los mismos; ahora bien, a los herederos testamentarios se les exige la presentación del testamento en que hayan sido nombrados para que de esta forma justifiquen el carácter con el que se presentan.

Cuando se trata de un testamento público abierto no hay ninguna dificultad; pero qué sucede cuando se trata de un testamento públi-

co cerrado (el escrito por el testador o por otra persona a su ruego, y en papel común) o bien de un testamento ológrafo (el escrito de puño y letra del testador).

Los artículos 679 y 680 proveen a esta dificultad, estableciendo las medidas que deben tomarse y éstas son:

" art. 679.- Declarada la ausencia, si hubiere testamento público u ológrafo, la persona en cuyo poder se encuentre lo presentará al juez, dentro de quince días contados desde la última publicación de que habla el artículo 677 ".

" art. 680.- El Juez, de oficio o a instancia de cualquiera que se crea interesado en el testamento ológrafo, abrirá éste en presencia del representante del ausente, con citación de los que promovieron la declaración de ausencia, y con las demás solemnidades prescritas para la apertura de esta clase de testamento ".

Por otro lado, al seguir analizando los principios contenidos en el artículo 681, encontramos que:

I.- Para obtener la posesión provisional de los bienes, no es necesario tener la calidad de heredero en la época en que se haga la declaración de ausencia, bastando que se haya tenido el día de la desaparición del ausente o de sus últimas noticias; y

II.- Las personas concebidas posteriormente a esta época no pueden obtener dicha posesión, en este caso se encontrarán los hijos - nacidos de la mujer del ausente, trescientos días después de la expresada época.

En aplicación de lo anterior, resulta que los herederos presuntos del ausente, nacidos o concebidos en el momento de la desaparición o últimas noticias recibidas, y muertos al hacerse la declaración de ausencia, adquieren el derecho a la posesión provisional de los bienes, transmitiéndolo a sus propios herederos o sucesores.

Para el caso de que el heredero presunto haya obtenido la posesión provisional, y muera posteriormente, lo sucederán sus herederos, así lo determina el artículo 696 en los siguientes términos:

" art. 696.- Muerto el que haya obtenido la posesión provisional, lo sucederán sus herederos en la parte que le haya correspondido, bajo las mismas condiciones y con iguales garantías ".

Ahora bien, tratándose de herederos testamentarios, el testamento determinará quienes tienen derecho a la posesión provisional de los bienes del ausente; en cuanto a los herederos legítimos, entrarán a obtener dicha posesión, los parientes que, según el orden establecido para la sucesión ab-intestato, tienen derecho a la herencia.

Es importante mencionar, que para el caso de que los parien-

tes más próximos en grado no admitan la posesión de los bienes, podrá ser conferida ésta a los más alejados; pero como el derecho de los primeros subsiste, nada impedirá que cuando quieran, puedan exigir aquella posesión. Lo mismo sucederá si el heredero, igual en grado, con otros coherederos, no hayan demandado la posesión, en cualquier tiempo podrán ejercitar sus derechos para reclamar la parte que en ella les corresponda.

Además de lo anterior, es de gran importancia señalar, que sucede para el caso de que, ningún heredero se presente a recibir la posesión provisional de los bienes. Dice a este respecto el artículo 695 que, " Si hecha la declaración de ausencia no se presentaren herederos del ausente, el Ministerio Público pedirá, o la continuación del representante, o la elección de otro que en nombre de la Hacienda Pública, entre en la posesión provisional, conforme a los artículos que anteceden" .

También es de importancia citar que los herederos presuntos del ausente, no son los únicos que pueden obtener la posesión provisional de sus bienes; ya que tal posesión corresponde, en general, a todos los que tienen, sobre dichos bienes, derechos que dependen de la muerte o presencia de aquél. " Los legatarios, los donatarios y todos los que tengan sobre los bienes del ausente derechos que dependen de la muerte o presencia de éste, podrán ejercitarlos, dando la garantía que corresponda, según el artículo 528 ", dice el artículo 689.

Al respecto cabe citar, que los bienes del ausente se divi--

den en dos, que son:

I.- Los que son de su propiedad en la época de su desaparición, o en la época en que se recibieron sus últimas noticias.

II.- Los que son adquiridos por el ausente posteriormente a dicha época, por ejemplo los que adquiere por herencia.

Con respecto a lo anterior, se debe mencionar, que la posesión provisional sólo opera respecto de los primeros, ya que los segundos están regidos por disposiciones especiales, que han sido comentadas en el Capítulo IV del presente trabajo, relativo a efectos de la ausencia respecto de los derechos eventuales del ausente; y por lo tanto en este momento sólo nos ocuparemos de los bienes que son de su propiedad al momento de su desaparición o últimas noticias.

" art. 690.- Los que tengan con relación al ausente, obligaciones que deban cesar a la muerte de éste, podrán también suspender su cumplimiento bajo la misma garantía ".

Del contenido de este artículo se deduce, que la declaración de ausencia produce también efectos respecto de aquellas personas que tienen obligaciones con el ausente, que deban cesar por la misma causa; es decir, con esta declaración se acentúa más la presunción de que el ausente ha muerto y por lo tanto resulta razonable que la Ley - les permita, previo otorgamiento de garantía, la suspensión provisio-

nal de esas obligaciones.

Ahora bien, en los términos de los artículos 681, 689 y 690 transcritos anteriormente, resulta que se les exige dar garantía a todas aquellas personas que tienen derechos subordinados a la muerte del ausente y quieran ejercitarlos, reclamando la posesión provisional de los mismos.

Lo anterior, también es la consecuencia de la aplicación de los principios, según los cuales, durante este segundo período de la ausencia, que estamos estudiando, la Ley protege, por igual, los intereses del ausente y los de aquellas personas.

Ahora bien, de los propios términos del señalado artículo - 681, se infiere que los presuntos herederos para garantizar su manejo, deben otorgar fianza; consideramos al respecto, que no hay que pensar que no podrán prestar otro género de garantía, para el caso de que no puedan conseguir un fiador; lo anterior lo afirmamos en atención a que lo que la Ley quiere es que los herederos que reciban la posesión de -- los bienes del ausente, aseguren su conservación, para que en caso de que aquél regrese al lugar de su domicilio, pueda recoger sin menoscabo alguno su patrimonio; en este caso, si el heredero, en lugar de - otorgar fianza, constituye prenda o hipoteca, que garantice suficientemente su manejo, debe, consideramos, admitirsele, puesto que con cualquiera de estas garantías, al igual que con la de fianza, quedan satisfechos los fines que la Ley persigue.

Lo anterior, además constituye la aplicación del artículo - 2850, el cual nos dice que: " La fianza puede substituirse con - prenda o hipoteca" .

Es importante mencionar que la fianza que están obligados a - dar los presuntos herederos del ausente, que como hemos visto, tiene el carácter de fianza judicial, está sometida a las reglas concernien - tes a este género.

Ahora bien, respecto a los legatarios, donatarios y demás - personas que tienen derechos u obligaciones subordinadas a su muerte, - se infiere lo siguiente:

I.- Que la garantía que deben otorgar las personas menciona - das debe consistir, principalmente, en hipoteca, no siendo admisible la fianza, sino cuando el poseedor carezca de bienes sobre qué consti - tuir hipoteca;

II.- Que si los bienes del ausente aumentan o disminuyen du - rante la ausencia, podrá aumentarse o disminuirse proporcionalmente la garantía.

Es importante citar qué es lo que sucede cuando la persona -- que está obligada a dar la mencionada garantía no lo hace, al respecto el artículo 692 señala que, " Mientras no se dé la expresada garantía, no se cesará la administración del representante ".

No obstante lo manifestado, el Legislador Mexicano, teniendo en cuenta, que en dicha posesión, están interesadas las personas que la Ley llama a ella, nos dice que: " Si no pudiere darse la garantía - prevenida, el Juez, según las circunstancias de las personas y de los bienes, y concediendo el plazo fijado en el artículo 631, podrá disminuir el importe de aquélla, ...", nos dice el artículo 691. Del contenido de este numeral, se infiere, que es potestativo para el Juez - hacer la disminución de la garantía.

También es importante mencionar, que el principio según el - cual, los poseedores que reciban la posesión provisional de los bienes del ausente deben otorgar garantías, no es absoluto.

El artículo 693 establece dos excepciones, diciendo que no - están obligados a dar garantía:

I.- El cónyuge, los descendientes y los ascendientes que - como herederos entren en la posesión de los bienes del ausente, por la parte que en ellos les corresponda;

II.- El ascendiente que en ejercicio de la patria potestad - administre bienes que como heredero del ausente correspondan a sus -- descendientes.

Si hubiere legatarios, el cónyuge, los descendientes y -- ascendientes darán la garantía legal por la parte de los bienes que -

correspondan a los legatarios, si no hubiere división, ni administrador general.

Ahora bien, para saber como se ejerce la posesión provisional, tendremos que analizar lo siguiente: cuando hay un solo presunto heredero, no hay problema alguno, ya que él recibirá la posesión de todos los bienes; pero cuando hay varios, se aplican las siguientes disposiciones:

" art. 682.- Si son varios los herederos y los bienes admiten cómoda división, cada uno administrará la parte que le corresponda ".

" art. 683.- Si los bienes no admiten cómoda división, los herederos elegirán de entre ellos mismos un administrador general, y si no se pusieren de acuerdo, el Juez les nombrará, escogiéndolo de entre los mismos herederos ".

Pero puede presentarse otro caso, el señalado en el artículo 684 en los siguientes términos:

" art. 684.- Si una parte de los bienes fuere cómodamente divisible y otra no, respecto de ésta, se nombrará el administrador general ".

Como señalamos, los bienes que no admiten cómoda división son puestos bajo el cuidado de un administrador general, concediéndoseles a los herederos que no administren, el derecho de nombrar un inter

ventor, lo que resulta del artículo 685, sus honorarios serán fijados por las personas que lo nombren y se pagarán por éstas.

La administración de los bienes del ausente puede hacerse, como acabamos de verlo, en dos formas: administrando cada heredero la parte que le corresponda, o por medio de un administrador general. Al respecto son aplicables las siguientes disposiciones:

" art. 687.- En el caso del artículo 682, cada heredero dará la garantía que corresponda a la parte de los bienes que administre ".

" art. 688.- En el caso del artículo 683, el administrador general será quien dé la garantía legal".

El artículo 686 señala las facultades y obligaciones de los poseedores provisionales, lo que hace de la siguiente forma:

" art. 686.- El que entre en la posesión provisional, tendrá respecto de los bienes, las mismas obligaciones, facultades y restricciones que los tutores ".

Consecuencia de este carácter que tienen los poseedores provisionales, con relación al ausente, es el artículo 694, en los siguientes términos:

" art. 694.- Los que entren en la posesión provisional tienen derecho de pedir cuentas al representante del ausente y éste entregará los bienes y dará las cuentas en los términos prevenidos en los capítulos XII y XIV del Título IX de este Libro.

El plazo señalado en el artículo 602, se contará desde el día en que el heredero haya sido declarado con derecho a la referida posesión ".

Una vez señalado lo anterior, diremos como concluye la posesión provisional, los principios se encuentran consagrados en el numeral que se transcribe:

"art. 697.- Si el ausente se presenta o se prueba su existencia antes de que sea declarada la presunción de muerte, recobrará sus bienes. Los que han tenido la posesión provisional, hacen suyos todos los frutos industriales que hayan hecho producir a esos bienes y la mitad de los frutos naturales y civiles ".

Lo anterior no amerita comentario alguno, ya que resulta lógico que cesando la incertidumbre sobre la vida o muerte del ausente, que es en la que se basa la declaración de ausencia, debe cesar igualmente su consecuencia inmediata, es decir la posesión provisional.

Pasaremos ahora a estudiar el Capítulo IV, relativo a la Administración de los bienes del Ausente casado.

" La declaración de ausencia interrumpe la sociedad conyugal, a menos que las capitulaciones matrimoniales hayan estipulado que con—

tinge", dice el artículo 698.

Este artículo se refiere a los efectos que produce la declaración de ausencia, en cuanto a los intereses pecuniarios de los cónyuges.

Como mencionamos, la declaración de ausencia produce como efecto el interrumpir la sociedad conyugal, la consecuencia de tal interrupción, es la de que los bienes se dividen, entregándose al cónyuge presente y a los presuntos herederos del ausente, los que les correspondan. Los principios mencionados se encuentran consagrados en los siguientes artículos:

" art. 699.- Declarada la ausencia, se procederá, con citación de los herederos presuntivos, al inventario de los bienes y a la separación de los que deben corresponder al cónyuge ausente".

" art. 700.- El cónyuge presente recibirá desde luego los bienes que le correspondan hasta el día en que la declaración de ausencia haya causado ejecutoria. De esos bienes podrá disponer libremente".

" art 701.- Los bienes del ausente se entregarán a sus herederos, en los términos prevenidos en el capítulo anterior ".

Es importante mencionar, que puede suceder que el cónyuge --

presente reúna a este carácter, el de heredero presunto del ausente; - en tal caso la ley señala que " En el caso previsto en el artículo -- 697, si el cónyuge presente entrare como heredero en la posesión provisional, se observará lo que ese artículo dispone. " Este principio lo consagra el artículo 702, y como hemos visto se refiere al caso de que el ausente se presente o se pruebe su existencia antes de que sea declarada la presunción de muerte, él recobrará sus bienes, y los que han tenido la posesión provisional (en este caso el cónyuge en su carácter de heredero) hacen suyos todos los frutos industriales que hayan hecho producir a los bienes y la mitad de los naturales y civiles.

Otra situación que debemos observar ya que puede llegar a presentarse, es la consistente en que el cónyuge del ausente no sea heredero, ni tenga bienes propios, y como en tal caso sería injusto dejar lo abandonado a sus propios recursos, la ley teniendo en cuenta esa - circunstancia ordena que; " Si el cónyuge presente no fuere heredero , ni tuviere bienes propios, tendrá derecho a alimentos. " Así lo dice el artículo 703.

Al respecto, es importante señalar que la declaración de presunción de muerte, al igual que la de ausencia, no disuelve el matrimonio, pero sí es causa de divorcio. La declaración de ausencia legalmente hecha o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesite para que se haga ésta que preceda la declaración de ausencia, es causa de disolución del matrimonio por divorcio, así lo ordena el artículo 267 en su fracción X.

Como se ha visto la interrupción de la sociedad conyugal reconoce por causa, la ausencia de alguno de los cónyuges; de manera que si éste reaparece en su domicilio o se prueba su existencia, deja de tener razón de ser aquella interrupción, y la comunidad de bienes debe, en consecuencia restablecerse, tal como existía antes de la ausencia; " Si el cónyuge ausente regresa o se probare su existencia, quedará restaurada la sociedad conyugal. " Dice el artículo 704, con cuyo examen terminamos el estudio de este primer capítulo.

Ahora bien, en atención a lo anterior, nos corresponde en este momento estudiar el Capítulo V del Título a estudio en el que se encuentran los artículos que se refieren al Tercer Período de la Ausencia; en el que como veremos, la idea fundamental que domina es la suposición de que el ausente ha muerto.

En efecto, este tercer período comienza, cuando han transcurrido seis años desde la declaración de ausencia, sin que el ausente se haya presentado en su domicilio, ni se hayan tenido noticias de su persona.

" art. 705.- Cuando hayan transcurrido seis años desde la declaración de ausencia, el juez, a instancia de parte interesada, declarará la presunción de muerte ... "

El plazo señalado en el numeral transcrito, ha parecido al legislador, más que suficiente, para presumir que el ausente ha muer-

to, la razón es obvia, toda vez que no cabe admitir, en el terreno - de lo razonable, que quien ha dejado de dar noticias de su persona durante el tiempo señalado, abandonando sus intereses, pueda estar vivo; no se niega, que podría suceder lo contrario, pero ésto sería un caso extraordinario, que no desvirtúa la razón de ser, de aquella presunción.

Ahora bien, la segunda parte del artículo 705 a estudio, señalaba que:

" art. 705.- ... Respecto de los individuos que - hayan desaparecido al tomar parte en una guerra, - encontrándose a bordo de un buque que naufrague, o al verificarse una explosión, incendio, terremoto, inundación u otro siniestro semejante, basta rá que hayan transcurrido dos años, contados desde su desaparición, para que pueda hacerse la declaración de presunción de muerte, sin que en -- esos casos sea necesario que previamente se declare su ausencia; pero sí se tomarán las medidas - provisionales autorizadas por el Capítulo I de este Título ".

El Legislador motivado por los trágicos acontecimientos ocurridos en nuestra capital en el año de 1985 reformó el contenido de la segunda parte de este artículo, reglamentándolo de la siguiente manera:

" art. 705.- Respecto de los individuos que hayan desaparecido al tomar parte en una guerra, o por encontrarse a bordo de un buque que naufrague, o - al verificarse una inundación u otro siniestro se-

mejante, bastará que hayan transcurrido dos años, contados desde su desaparición, para que pueda hacerse la declaración de presunción de muerte, sin que en estos casos sea necesario que previamente se declare su ausencia; pero sí se tomarán medidas provisionales autorizadas por el capítulo I de este Título.

Cuando la desaparición sea consecuencia de incendio, explosión, terremoto o catástrofe aérea o ferroviaria, y exista fundada presunción de que el desaparecido se encontraba en el lugar del siniestro o catástrofe, bastará el transcurso de seis meses, contados a partir del trágico acontecimiento, para que el juez de lo familiar declare la --presunción de muerte. En estos casos, el juez acordará la publicación de la solicitud de declaración de muerte, sin costo alguno y hasta por tres veces durante el procedimiento, que en ningún caso excederá de treinta días ".

Como hemos visto, la declaración de presunción de muerte no opera de pleno derecho, es necesario que una resolución judicial la declare, así resulta del artículo que analizamos anteriormente.

El efecto principal de la declaración de presunción de muerte es la apertura de la sucesión del ausente, no de un modo provisional - como en el período de declaración de ausencia, sino de un modo que, - podemos considerar como definitivo; lo anterior se deriva del contenido del artículo 706, al señalar que una vez declarada la presunción de muerte, se abrirá el testamento del ausente, los poseedores provisionales darán cuenta de su administración y los herederos entrarán en la

posesión definitiva de los bienes sin garantía alguna, la que se hubiere dado, quedará cancelada.

Por su parte, el artículo 707 nos dice lo que sucedería, para el caso de que se probara la muerte del ausente, lo que hace en los siguientes términos: " Si se llega a probar la muerte del ausente, la herencia se difiere a los que debieran heredar al tiempo de ella pero el poseedor o poseedores de los bienes hereditarios, al restituírlas, se reservarán los frutos correspondientes a la época de la posesión provisional, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 697, y todos ellos, desde que obtuvieron la posesión definitiva" .

Es importante observar que los poseedores definitivos de los bienes en sus relaciones con los terceros tienen el carácter de propietarios, siendo su derecho de propiedad concedido como definitivo; de aquí, que esté dentro de sus facultades celebrar cualquier acto de dominio. Esto resulta del contenido del artículo 708 al ordenar que, "Si el ausente se presenta o se probare su existencia después de otorgada la posesión definitiva, recobrará sus bienes en el estado en que se hallen, el precio de los enajenados, o los que se hubieren adquirido con el mismo precio; pero no podrá reclamar frutos ni rentas " .

Pero además, también es importante señalar, que los poseedores definitivos respecto a sus relaciones con el ausente, son considerados como propietarios revocables; es decir, presentándose el ausente o sus herederos, dejan de ser propietarios para convertirse en administradores. Así resulta del artículo 710 que ordena lo siguiente: --

" Los poseedores definitivos darán cuenta al ausente y a sus herederos. El plazo legal correrá desde el día en que el primero se presente por sí o por apoderado legítimo, o desde aquel en que por sentencia que cause ejecutoria se haya deferido la herencia ".

La revocabilidad, a que hemos hecho mención, del derecho de propiedad que ejercen los poseedores sobre los bienes no tiene efecto, sin embargo, mas que para el futuro. Los actos verificados con anterioridad por el poseedor se consideran, como hechos por el dueño de la cosa; en consecuencia, debe respetarlos el ausente.

Lo anterior, no quiere decir que el ausente, en caso de presentarse no tenga acción en contra del poseedor por los actos que hubiere ejecutado, pues como hemos visto, de los términos del artículo 708 puede reclamar el precio de la cosa o la que se hubiere adquirido con ese precio.

Es importante mencionar que para el caso de que el ausente fuera casado, la declaración de presunción de muerte, produce el efecto de hacer terminar la sociedad conyugal, sin que el cónyuge presente tenga más derecho que el de recibir alimentos, así lo establecen los artículos 713 y 714.

Una vez señalado lo anterior, sólo nos resta decir, cuando termina la posesión definitiva, lo que encontramos al analizar el artículo 711:

" La posesión definitiva termina:

- I.- Con el regreso del ausente;
- II.- Con la noticia cierta de su existencia;
- III.- Con la certidumbre de su muerte;
- IV.- Con la sentencia que cause ejecutoria, en el caso - del artículo 709 ".

En el primer caso resulta lógico que termine la posesión definitiva, ya que cesan de pleno derecho para el futuro los efectos de la declaración de presunción de muerte y por lo tanto, la posesión definitiva que es su consecuencia.

La explicación de que termine la posesión definitiva con la noticia cierta de la existencia del ausente, la encontramos en el artículo 712, que señala: " En el caso segundo del artículo anterior, los poseedores definitivos serán considerados como provisionales desde el día en que se tenga noticia cierta de la existencia del ausente . -- " De esto se desprende que las facultades del poseedor definitivo se reducen a las que tienen los poseedores provisionales (de mera conservación) de lo anterior resulta válida la afirmación de que la intervención del Legislador, para este caso, es la de garantizar los intereses del ausente, hasta que éste se presentara, de esta manera resulta, si observamos que tan pronto como se tengan noticias ciertas de que el ausente vive, los poseedores definitivos deberán caucionar su manejo, en los términos en que están obligados a hacerlo los poseedores provisionales .

El caso tercero consiste, en la certeza de la muerte del ausente, que al igual que las anteriores pone fin a la posesión definitiva, ya que estando basada en la incertidumbre sobre la existencia de aquél, deja de haberla una vez comprobada su muerte.

Señalaremos las consecuencias que produce la comprobación de la muerte del ausente, tales son:

- I.- Se abre la sucesión del ausente de un modo definitivo, y son llamadas a ella los herederos, que lo eran en la época de la muerte comprobada.
- II.- Los poseedores definitivos deben entregar los bienes que han poseído, a los herederos del ausente, que lo eran en la época de su muerte.
- III.- Los herederos a que nos referimos en el apartado anterior, no tienen más derechos, que los que tendría el ausente, si se presentara a recoger sus bienes.

La última causa que en términos del artículo 711, hace terminar la posesión definitiva, es la sentencia que cause ejecutoria en el caso del artículo 709, que establece, " Cuando hecha la declaración de ausencia o la presunción de muerte de una persona, se hubieren aplicado sus bienes a los que por testamento o sin el se tuvieren por herederos, y después se presentaren otros pretendiendo que ellos deben ser preferidos en la herencia, y así se declara por sentencia que cause ejecutoria, la entrega de los bienes se hará a éstos en los mismos términos

minosmos en que, según los artículos 697 y 708 debiera hacerse al ausente si se presentara".

La razón de este precepto es clara, la analizaremos de la siguiente forma: Se confirió la posesión definitiva a las personas que gozan de ella, en virtud de que se les consideró que eran los presuntos herederos del ausente; pero si posteriormente se presentaren otros herederos reclamando derechos preferentes, ya sea porque estaban instituidos en un testamento que no era conocido, ya por cualquier otro motivo, a ellos deberá conferirse la posesión definitiva, haciéndoseles la entrega de los bienes, en los términos de la ley, según que se reclamen durante el primero o el segundo período de la ausencia.

Cabe mencionar al respecto, que las personas a que nos referimos en líneas precedentes, no necesitan probar la muerte del ausente, sólo se les obliga, comprobar que son ellos los presuntos herederos, en la época de su desaparición, o de sus últimas noticias.

Nos correspondería ahora analizar el Capítulo VI, De los efectos de la ausencia respecto de los derechos eventuales del ausente; pero respecto a su contenido, existe un capítulo completo dentro del presente trabajo en el que en forma breve se analizan los principios referentes a los mencionados derechos eventuales del ausente; por lo tanto pasaremos al estudio del último capítulo contenido en el título a estudio.

" Capítulo VII Disposiciones Generales "

Como hemos venido comentando, los poseedores provisionales, así como los definitivos, tienen en sus relaciones con el ausente, el carácter de administradores de los bienes que poseen.

El artículo 720 consagra expresamente el principio señalado en líneas precedentes, diciendo que:

" art. 720.- El representante y los poseedores provisionales y definitivos, en sus respectivos casos, tienen la legítima procuración del ausente en juicio y fuera de él".

Ahora bien, " Por causa de ausencia no se suspenden los términos que fija la ley para la prescripción", dice el artículo 721.

El fundamento de lo anterior, lo encontramos, al considerar que, la suspensión de la prescripción es un beneficio que la ley otorga a las personas que, por su incapacidad, no pueden evitar que la prescripción corra en su contra; caso en el que no se encuentra el ausente, pues la ley le nombra un representante que cuida de sus intereses.

Además de lo anterior, podemos observar que la protección de la ley se explica con relación a los menores a los interdictos, supues-

to que sufren una incapacidad de la que no son responsables, pero este caso no es con relación al ausente, que quizás voluntariamente ha abandonado sus bienes; su situación no debe, desde nuestro particular punto de vista, merecer el mismo favor que la ley otorga a los propiamente incapacitados.

Sin embargo, es importante mencionar, que si el ausente es menor de edad, la prescripción no corre en su contra por todo el tiempo que dure su minoría.

Como lo señalamos anteriormente, en la ausencia están interesados el ausente, los terceros que tienen derecho subordinados a su muerte, y la sociedad.

El interés del primero que, por sí mismo, no puede cuidar de sus bienes, y el de la sociedad, explican que la ley le dé al Ministerio Público intervención en todo lo que concierna al ausente.

Por esto el artículo 722 dispone que:

" art. 722.- El Ministerio Público velará por los intereses del ausente, será oído en todos los juicios que tengan relación con él, y en las declaraciones de ausencia y presunción de muerte ".

Con el presente capítulo concluimos la exposición de los artículos contenidos en el Título Undécimo " De los Ausentes e Ignora---

dos "; en la presente, hemos seguido la división y el orden establecido por nuestro Código Civil vigente, procuramos en todo momento, explicar aquellos preceptos que nos han parecido que exigían tal explicación, esperando que se haya realizado en forma clara y que de alguna manera pueda facilitar su comprensión.

Resulta importante señalar, que no todos los Jueces pueden conocer de las causas relativas a los ausentes, porque no todos están en aptitud de evitar la mala fé en un punto tan importante y de gran trascendencia como en este caso, que se trata nada menos que de distribuir bienes ajenos, viviendo tal vez su dueño todavía; asunto que, como es fácil comprender, requiere en el juez, no sólo la prudencia de todo Magistrado, sino la facilidad de averiguar la verdad.

Las circunstancias más favorables para este objeto se reúnen en el Juez de lo Familiar del último domicilio del ausente; y si no lo hay, o bien no se le conoce, en el del lugar en donde se halle la mayor parte de sus bienes, pues así, en uno como en otro, el conocimiento que del ausente deben tener sus vecinos, sus antecedentes, las noticias anteriores, sus preparativos para el viaje y otros incidentes que pueden dar una gran luz en todo el procedimiento, fundan la competencia de los jueces de los lugares mencionados.

2.- Propositiones relativas a la modificación de los preceptos que regulan a la Ausencia

Desarrollaremos el presente apartado, partiendo de una moder

ta apreciación crítica, dejando de antemano asentado, que no pretendemos en ningún momento al hacerlo, menospreciar nuestro loable sistema Jurídico Mexicano en materia de ausencia, sino más bien, el de demostrar que no es más que el resultado de una observación minuciosa de los preceptos que la regulan, debido al interés que siempre ha despertado en nosotros, la mencionada institución; interés que como hemos visto a lo largo del presente trabajo no ha sido olvidado en absoluto por -- nuestros Legisladores, quienes preocupándose por las situaciones creadas por la ausencia, nos ofrecen una regulación jurídica concreta y ordenada; lo que nos permite encontrar fácilmente la solución de innumerables problemas que pudieran llegar a presentarse.

Ahora bien, una vez señalado lo anterior, daremos principio a la exposición de nuestras modestas observaciones, lo que haremos de la siguiente forma:

1°. Primeramente, transcribiremos el artículo que ha dado lugar a ciertas dudas:

" art. 649.- Cuando una persona haya desaparecido de su domicilio y se ignore el lugar en donde se halle y quien la represente, el juez, a petición de parte o de oficio, nombrará un depositario de sus bienes... " .

Los términos del artículo transcrito, son incongruentes, toda vez que no puede ser de oficio el nombramiento de depositario para -

los bienes del ausente, porque en este caso el Juzgador se está convirtiendo en parte interesada y no en funcionario que administra e imparte justicia, pues en esta última hipótesis su papel es meramente dirimir controversias o regular la situación jurídica de los bienes y derechos del ausente, pero siempre que medie petición de parte, de lo cual, ya hemos analizado quienes son partes interesadas y que en última instancia al no existir particular interesado, existe una persona idónea que lo es el Ministerio Público quien está facultado para hacer tal petición, por lo que la suscrita considera que este artículo debería ser modificado, omitiendo el término "de oficio".

2°. Por su parte el artículo 665 señala que: " El cargo de representante acaba:

- I.- Con el regreso del ausente;
- II.- Con la presentación del apoderado legítimo;
- III.- Con la muerte del ausente;
- IV.- Con la posesión provisional "

De los términos de este artículo, encontramos que, no se señala una causa más, que a nuestro modo de pensar, y para el caso de que se presentara, traería como consecuencia la terminación del cargo de representante; ésta es, cuando se tiene la certeza de que el ausente vive. Al respecto, como hemos visto, la ley no señala si cesa o no el cargo de representante por esta causa.

Por lo tanto, en atención a lo anterior, consideramos, que en principio debe cesar, porque la ausencia descansa en la incertidum-

bre sobre la existencia del ausente y para el caso de que se demuestre que éste vive carecería de toda razón lo antes dicho.

Nuestro Código, sin embargo, se ha separado de lo anterior en el artículo 665, pues no ha considerado como motivo para la terminación del cargo de representante, el hecho de que se trata; de donde resulta, que aunque se tengan noticias ciertas de que el ausente vive, no cesará la intervención de la ley en la administración de sus bienes.

3°. La siguiente observación tiene como objeto, los artículos que a continuación se transcriben:

" art. 669.- Pasados dos años desde el día en que haya sido nombrado el representante, habrá acción para pedir la declaración de ausencia" .

" art. 670.- En caso de que el ausente haya dejado o nombrado apoderado general para la administración de sus bienes, no podrá pedirse la declaración de ausencia sino pasados tres años, que se contarán desde la desaparición del ausente, si en este período no se tuvieron ningunas noticias suyas, o desde la fecha en que se hayan tenido las últimas ".

La inquietud que surge del contenido de estos numerales consiste, en la distinta manera como la ley computa los plazos, según que el ausente haya desaparecido, sin dejar apoderado, o dejándolo.

En el primer caso, el plazo de dos años se cuenta desde la fecha en que le fué nombrado representante al ausente; en el segundo, el plazo de tres años se cuenta, desde el momento de la desaparición del ausente, o desde la fecha en que se hayan tenido sus últimas noticias.

De esta diversidad de redacciones, resulta que la circunstancia de que se tengan noticias del ausente, que tiene una inferencia capital cuando ha dejado apoderado, no tiene ninguna cuando no lo ha dejado, ahora bien, caracterizando a la ausencia la incertidumbre sobre la existencia del ausente, es contrario a los principios que, como lo hace el artículo 669, no se subordine la declaración de ausencia a -- aquella condición.

En consecuencia este numeral, debe reformarse en el sentido de que el plazo de dos años que establece, debe contarse desde el nombramiento de representante, si en este período no se hubieren tenido - noticias ningunas del ausente, o desde la fecha en que se hayan tenido las últimas.

Es importante observar, que la anomalía anotada, y la consecuencia jurídica que de ella se deriva, no son más que el resultado de un defecto de redacción del mencionado artículo 669; por lo tanto, resulta necesaria la reforma a que nos hemos venido refiriendo. Para encontrar la base de lo señalado, es preciso atender al contenido de - los siguientes numerales:

" art. 675.- Pasados cuatro meses desde la fecha de la última publicación, si no hubiere noticias del ausente ni oposición de algún interesado, el juez - declarará en forma la ausencia ".

" art. 676.- Si hubiere algunas noticias u oposición, el juez no declarará la ausencia ... " .

De lo anterior se desprende, que en todo caso, la declaración de ausencia depende de la condición de que no se tengan noticias - del ausente, o lo que es lo mismo, de que su existencia sea incierta.

4°. El punto de partida en este apartado, lo constituye el siguiente artículo :

" art. 682.- Si son varios los herederos y los bienes admiten cómoda división, cada uno administrará la parte que le corresponda" .

Lo anterior nos parece una anomalía del Código, en virtud de que la declaración de ausencia produce el efecto de poner a los herederos presuntivos del ausente, en la posesión provisional de sus bienes, en los términos del numeral transcrito anteriormente, los que si admiten cómoda división, son divididos entre los diversos herederos para - los efectos de que cada uno administre una parte; ésto indudablemente más que beneficiar, perjudica a los intereses del ausente, ya que no se podría garantizar que cada uno de los herederos administraran de --

igual forma e igualmente no se podría evitar que alguno de ellos dilapidara los bienes que aún pertenecen al presunto ausente.

Por lo anterior, la suscrita considera que deben ser reformados los artículos correspondientes, en el sentido de señalar que no obstante que los bienes admitan o no cómoda división, serán puestos bajo el cuidado de un administrador general, hasta en tanto no sea declarada la presunción de muerte.

5°. Para el desarrollo de este punto, transcribiremos los siguientes artículos:

" art. 711.- La posesión definitiva termina:

II.- Con la noticia cierta de su existencia (del ausente)... "

" art. 712.- En el caso segundo del artículo anterior, los poseedores definitivos serán considerados como provisionales desde el día en que se tenga noticia cierta de la existencia del ausente" .

" art. 697.- Si el ausente se presenta, o se prueba su existencia antes de que sea declarada la presunción de muerte, recobrará sus bienes . Los que han tenido la posesión provisional, hacen suyos todos los frutos industriales que hayan hecho producir a dichos bienes y la mitad de los frutos industriales y civiles " .

igual forma e igualmente no se podría evitar que alguno de ellos dilapidara los bienes que aún pertenecen al presunto ausente.

Por lo anterior, la suscrita considera que deben ser reformados los artículos correspondientes, en el sentido de señalar que no obstante que los bienes admitan o no cómoda división, serán puestos bajo el cuidado de un administrador general, hasta en tanto no sea declarada la presunción de muerte.

5°. Para el desarrollo de este punto, transcribiremos los siguientes artículos:

" art. 711.- La posesión definitiva termina:

II.- Con la noticia cierta de su existencia (del ausente)... "

" art. 712.- En el caso segundo del artículo anterior, los poseedores definitivos serán considerados como provisionales desde el día en que se tenga noticia cierta de la existencia del ausente" .

" art. 697.- Si el ausente se presenta, o se prueba su existencia antes de que sea declarada la presunción de muerte, recobrará sus bienes . Los que han tenido la posesión provisional, hacen suyos todos los frutos industriales que hayan hecho producir a dichos bienes y la mitad de los frutos industriales y civiles " .

De la lectura del artículo 712, se infiere que la intención del Legislador, cuando se tienen noticias ciertas de la existencia del ausente no es la de dar por terminada la ausencia, sino más bien, la de cambiar el estado de " presunto muerto " del desaparecido, por el de " ausente declarado ".

Pero en atención a lo anterior, entonces, resulta una manifiesta contradicción entre el expresado precepto y el contenido del artículo 697, que subordina, como lo vimos, la terminación de la declaración de ausencia al solo hecho de que se pruebe la existencia del ausente, lo que es enteramente conforme a los principios, pues la ausencia reposa en la incertidumbre sobre la existencia del ausente, y desde el momento en que deja de haber esta incertidumbre, no tiene más razón de ser .

Desde este punto de vista, el artículo 712 nos parece que es muy digno de censura, ya que puede ser además origen de muchas dificultades, en virtud de la contradicción que hay entre él y el numeral - 697, por lo tanto, consideramos que surge la necesidad de que el cita do precepto sea reformado.

Seguramente que lo que el Legislador quiso, al cambiar el carácter del poseedor definitivo en provisional, fué garantizar los intereses del ausente, hasta que éste se presentara.

Pero consideramos, que este resultado tan loable, lo hu**---**beria obtenido, al establecer que los bienes se pusieran en depósito

hasta que el ausente se presentara en su domicilio, por sí o por medio de legítimo representante, a recogerlos.

Con las anteriores observaciones, concluimos el desarrollo - de este Capítulo V, esperando que por su realización práctica, pueda - llegar a ser de alguna, aunque pequeña utilidad.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

PRIMERA :

La presencia como término opuesto a la ausencia, es una condición que da la plenitud de derechos, mientras que la ausencia mira a distintos intereses y repercute en distintas relaciones jurídicas. De esta manera, unas relaciones deberán ser reguladas mirando al cónyuge presente, otras, a la sociedad familiar, otras a sus propios bienes para que no sufran perjuicios o menoscabo y otras a sus herederos presuntos. Por las razones anteriores, la mencionada institución contiene necesariamente disposiciones bastantes para que ninguno de estos intereses resulte desatendido.

SEGUNDA :

El artículo 673 del Código Civil excluye al cónyuge como facultado para pedir la declaración de ausencia. Por lo que, la suscrita considera que debería reformarse este precepto y concederle plena facultad al cónyuge presente para hacer tal solicitud, ya que jurídicamente será esta la persona más interesada en que se resuelva la situación de incertidumbre, por afectarle no solamente en sus relaciones conyugales, sino en el orden patrimonial.

T E R C E R A :

La ley autoriza que la declaración de ausencia sea solicitada después del transcurso de dos años contados a partir del nombramiento de representante del ausente, aparentemente ese sería el plazo para obtener la mencionada declaración de ausencia; no obstante, al computar los términos legales exigidos, relativos a los edictos citando al ausente, al llamamiento y a la publicación de la demanda respectiva, - tenemos entonces, que el plazo real es de tres años tres meses para — que el juez pueda pronunciar tal declaración, lo que resulta excesivo para los fines que la propia regulación de la citada institución persigue . Por lo que la suscrita propone se contemplen dichos plazos dentro de los dos años a que alude el artículo 669.

C U A R T A :

La razón de la proposición anterior resulta de que en la actualidad no es fácil, dados los medios de comunicación tan rápidos que existen que no se tengan noticias de la persona presunta - ausente y por lo tanto, es necesario que se simplifiquen y reformen - los plazos legales establecidos para la declaración de ausencia, para que de esta manera se concilien los intereses de todas las personas involucradas con esta situación.

Q U I N T A :

El artículo 665 del Código Civil no establece como causa de remoción del cargo de representante del ausente, por dilapidación o mal manejo que éste haga sobre los bienes de su representado. En tal virtud, la suscrita propone se adicione dicho artículo con esta hipótesis.

S E X T A :

En los términos del artículo 661, el representante tiene derecho a ser retribuido por su cargo, sin embargo, la suscrita considera que si esta representación recae en el cónyuge del ausente o en sus hijos, no se les debe retribuir toda vez que existe la posibilidad real de que los bienes pasen en definitiva a su patrimonio.

S E P T I M A :

A juicio de la suscrita, los artículos 670 y 671 van en contra de la voluntad del ausente, ya que si éste dejó un poder por un término mayor de tres años es porque tenía previsto ausentarse de su domicilio y bienes por ese lapso, por lo tanto no resulta congruente que la ley contravenga la voluntad del propio ausente; en atención a lo anterior, la suscrita considera que deben ser reformados los artículos -

señalados, en el sentido de autorizar la declaración de ausencia, en el caso de que el ausente haya dejado o nombrado apoderado, una vez — que el término de su poder haya expirado.

O C T A V A :

En los términos del artículo 681 de nuestro Código Civil, el efecto que produce la declaración de ausencia es el de otorgarles a los presuntos herederos del ausente la posesión provisional de los bienes . Por su parte el artículo 682 señala que, para el caso de que sean varios los herederos y si los bienes admiten cómoda división, cada uno — de ellos administrará la parte que le corresponda.

La suscrita considera que debe reformarse el contenido de los preceptos señalados, en el sentido de ordenar que aunque los bienes — del presunto ausente admitan o no cómoda división, se les nombrará un administrador general que se encargue del cuidado de todo el conjunto — de bienes en atención al perjuicio que con una división de esta naturaleza resentiría el patrimonio del ausente, pues no todos los herederos tendrían el mismo cuidado y la misma visión en la administración de los mencionados bienes.

BIBLIOGRAFIA

B I B L I O G R A F I A

- 1.- BONFANTE PEDRO, " Instituciones de Derecho Romano ", traducción de la octava edición Italiana por Luis Bacci y Andrés Larrosa, Publicaciones del Instituto Cristóforo Colombo de Roma, Instituto Editorial Reus, S. A., Madrid, 1979.
- 2.- BONNECASE JULIEN, " Elementos de Derecho Civil ", traducción por el Lic. José María Cajica Jr., Tomo I, Editorial José Ma. Cajica Jr., Norte 404, Puebla México, Distribuidores Porrúa Hermanos y Cía., México, D. F., 1946-1947.
- 3.- CALVA ESTEBAN y colaboración de Francisco de P. Segura, " Instituciones de Derecho Civil según el Código del Distrito Federal " Tomo I, Personas y Cosas, México, Imprenta de Díaz de León y White, Calle de Lerdo número 2, 1974.
- 4.- CASTAN TOBENAS JOSE, " Derecho Civil Español Común y Foral ", Tomo I, Vol. I, cuarta edición revisada y puesta al día, Madrid, Editorial Reus, S. A., Academia Preciados 1, Librería Preciados, 1936.
- 5.- CASTRO ZAVALA SALVADOR Y MUÑOS LUIS, " Comentarios al Código Civil ", Tomo I, Cárdenas Editor y Distribuidor, segunda edición, México Distrito Federal, 1983.

- 6.- COLIN AMBROSIO Y CAPITANI HENRI, " Curso Elemental de Derecho Civil ", traducción de la última edición Francesa por la Redacción de la Revista General de Jurisprudencia y Legislación con notas sobre el Derecho Civil Español por Demófilo de Buen, Tomo I, Madrid, segunda edición, Editorial Reus , S. A., 1952-1958.
- 7.- COSSIO COSSIO ROBERTO, " Primer Curso de Derecho Civil " , Tomo II, Editado por J. Guridi S., México, 1942.
- 8.- COUTO RICARDO, " Derecho Civil Mexicano ", Tomo III, de - las Personas, México, La Vasconia, 1919.
- 9.- CHAVEZ ASENCIO MANUEL F., " La Familia en el Derecho ", Editorial Porrúa, S. A., Av. República Argentina 15, primera edición, 1984.
- 10.- ENNECCERUS LUDWING, KIPP THEODOR Y WOLFF MARTIN, " Tratado de Derecho Civil ", Tomo I, Personas, Parte General, Bosch, Casa Editorial, apartado 928, Barcelona.
- 11.- ESPIN DIEGO, " Manual de Derecho Civil Español ", Premio Jerónimo Gonzalez , segunda edición, Vol. I, Parte General, - Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1959.
- 12.- GALINDO GARFIAS IGNACIO, " Derecho Civil ", Parte General Personas y Familia, quinta edición, México, Porrúa, S. A., 1982.

- 13.- GOMIS JOSE Y MUÑOS LUIS, " Elementos de Derecho Civil Mexicano ", Tomo I, México, Talleres Típicos de Excelsior, 1942-1944.
- 14.- GURVICH M. A., " Derecho Procesal Civil Soviético ", Instituto de Investigaciones Jurídicas México, versión directa - del ruso por Miguel Lubán, revisión Héctor Cuadra, 1971.
- 15.- IGLESIAS JUAN, " Derecho Romano ", Instituciones de Derecho Privado, séptima edición, Editorial Ariel, S. A., España, Barcelona, 1982.
- 16.- IOFFE O. S., " Derecho Civil Soviético ", Instituto de Derecho Comparado UNAM, traducción Miguel Lubán, Prólogo Javier Elola, Imprenta Universitaria, México 1960.
- 17.- MANRESA Y NAVARRO D. JOSE MARIA, " Comentarios al Código - Civil Español ", Introducción de Francisco Cárdenas, Tomo II segunda edición, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación a cargo de José María Sardá, Ronda de Atoche 15, Centro 1930.
- 18.- MATEOS ALARCON MANUEL, " Lecciones de Derecho Civil ", Estudio sobre el Código Civil del Distrito Federal, Tomo I, Tratado de Personas, Librería de J. Valdes y Cueva, Calle de - Refugio número 12, México 1885.
- 19.- MAZEAUD HENRI, LEON Y JEAN, " Lecciones de Derecho Civil ", cuarta parte, Vol IV, traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1965.

- 20.- MESSINEO FRANCESCO, " Manual de Derecho Civil y Comercial ", Traducción de Santiago Sentis Melendo, prólogo de Vittorio Neppi, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, - 1954-1956.
- 21.- MUÑOZ LUIS, " Derecho Civil Mexicano ", Tomo I, Ediciones - Modelo, México, Distrito Federal, primera edición, 1971.
- 22.- PINA RAFAEL DE, " Derecho Civil Mexicano ", Editorial Porrúa S. A., Vol. I, novena edición, México 1978.
- 23.- PLANIOL MARCELO Y RIPERT JORGE, " Tratado Práctico de Dere- cho Civil Francés", Traductor Mario Díaz Cruz, Tomo I, Las Personas.
- 24.- PUIG PEÑA FEDERICO, " Compendio de Derecho Civil Español ", - tercera edición, revisada y puesta al día, Tomo I, Parte - General, Ediciones Pirámide, S. A., Madrid.
- 25.- VALVERDE Y VALVERDE CALIXTO, " Tratado de Derecho Civil Espa- ñol ", Tomo I, Parte General, segunda edición, Valladolid , Talleres Tipográficos Cuesta, 1920.

R E V I S T A S :

- 26.- COSSIO ALFONSO DE, " El Patrimonio del Ausente. ", Revista de Derecho Privado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Fa- cultad de Derecho, México 1942.

- 27.- MISMO AUTOR, " Teoría General de la Ausencia ", Revista de Derecho Privado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, -- UNAM, México 1947.
- 28.- COSSIO COSSIO ROBERTO, " Teoría General de la Ausencia ", en Revista de Derecho Privado, Madrid, Febrero de 1942.
- 29.- DIAZ DE GULJARRO ENRIQUE, " La Ausencia ", Revista de Derecho Universidad Mayor de San Andrés, Año IX, Números 29 y 30, Enero Diciembre, Instituto de Investigaciones Jurídicas México 1957.
- 30.- OGAYAR TOMAS, " La Ausencia en el Derecho Sustantivo y Adjetivo ", Madrid, Revista de Derecho Privado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1936.
- 31.- PASSALACQUA JONH L. A. DE, " La Ausencia en el Derecho Comparado ", Revista de Derecho Privado, número 45, Año XII, Julio Septiembre, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM 1972.
- 32.- PESSAGNO RODOLFO DE, " La Ausencia y el Matrimonio ", Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Año XII, números 54 y 55, Septiembre, Instituto de Investigaciones Jurídicas, -- UNAM, 1978.
- 33.- ROBLES FONSECA, " La Ausencia en el Nuevo Derecho ", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Instituto de Investigacio-- nes Jurídicas, UNAM, 1940.

- 34.- ROJAS ASTUDILLO JUAN JOSE, " Defensores de Ausentes ", Revista del Ministerio de Justicia, Año XI, número 42, Julio — Septiembre, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, - 1982.
- 35.- ROSSI MASELLA BLAS E., " Régimen Internacional de la Ausencia ", Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Año VII, número 2, Abril - Julio, 1976.
- 36.- SAPENA TOMAS JOAQUIN, " La Ausencia en Aragón ", Revista de Derecho Privado, noviembre, Madrid, España, Año XXXIX, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1955.
- 37.- SERRANO Y SERRANO IGNACIO, " Las Declaraciones de Ausencia y Fallecimiento ", Revista de Derecho Privado, Año XXXV, Número 409, Abril, Madrid, España, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1971.
- 38.- MISMO AUTOR, " La Ausencia en el Derecho Español ", Madrid, - Revista de Derecho Privado, Año XIV, (Serie Monografías — Prácticas de Derecho Español), Vol. III, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1973.

CODIGOS Y LEYES CONSULTADOS :

- 39.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL .
- 40.- CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE OAXACA .
- 41.- CODIGO CIVIL ALEMAN .

- 42.- CODIGO CIVIL ESPAÑOL .
- 43.- CODIGO CIVIL FRANCES .
- 44.- CODIGO CIVIL ITALIANO .
- 45.- CODIGO CIVIL SUIZO .
- 46.- CODIGO CIVIL SOVIETICO .
- 47.- LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS CONSULTADOS

- 48.- Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo I, A - B, Editorial --
Porrúa, S. A., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas,
UNAM.
- 49.- Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo I, A, Editorial Biblio--
gráfica Argentina, Facultad de Derecho, UNAM.
- 50.- Nueva Enciclopedia Jurídica Española, F. Seix, Editor Barce--
lona, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1951.